

**ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA
EKONOMİK SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLARIN
NİTELİĞİ BAĞLAMINDA SAĞLIK HAKKININ KAPSAMI
ÜZERİNE BİR İNCELEME**

*A Treatise on the Contents of the Right to Health In Supra-National
Human Rights Law within the Context of Qualities of Economic, Social
and Cultural Rights*

Adil ŞAHİN*

ÖZET

Sağlık hakkı bir insan hakkıdır. Bu makale, uluslar arası insan hakları hukukunda sağlık hakkının unsurlarını betimlemekte ve de analiz etmektedir. Sağlık hakkı, hem bölgesel hem de uluslar arası düzlemde pek çok Sözleşmede ayrıntıları ile açıklanmıştır. Sağlık hakkı, tipik olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine ait bir haktır. Uluslar arası insan hakları hukuku bağlamında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, bazen, medeni ve siyasal haklardan farklı nitelikte

* Yard. Doç. Dr., KTÜ, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi
(adilsahin@ktu.edu.tr).

algılanmaktadır. Hâlbuki her iki hak kategorisi de birbirine bağımlı, birbiri ile ilişkili ve eşit önemdedir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, bütün insan hakları gibi, devletlere, insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarının gereklerini yerine getirmek olarak anılan üç parçalı yükümlülükleri yüklemektedir.

Anahtar Sözcükler: Sağlık hakkı, Uluslararası insan hakları hukuku, Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, Jürisprüdans, Anayasa

ABSTRACT

The right to health is a human right. This article describes and analyzes the components of the right to health in international human rights law. The right to health has been elaborated on in numerous conventions, at both the international and regional levels. The right to health is typically included in the category of economic, social and cultural rights. In the context of international human rights, economic, social and cultural rights are sometimes distinguished from civil and political rights, although it is often asserted that both sets of rights are interdependent, interrelated, and of equal importance. Like all human rights, economic, social and cultural rights also entail a tri-partite typology of obligations on states to respect, to protect and to fulfill these rights.

Keywords: right to health; International human rights law; economic, social and cultural rights, Jurisprudence, Constitution

GİRİŞ

Doğdukları andan itibaren “sırf insan oldukları için” insan haklarına sahip olan bireylerin, haklarını ve özgürlüklerini kullanabilmeleri, inter alia, sağlıklı olmalarına bağlıdır. Sağlığı olmayan bireylerin siyasal sürece katılmaları, seçme ve seçilme haklarını ya da ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi özgürlüklerini (ve tabi ki, diğer haklarını da)

kullanabilmeleri ve bu hakların onlara sağladığı faydalardan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Yani, sağlık hakkının demokrasi ve özgürlükler ile de yakından ilişkili olduğuna dikkat çektiğimiz bu noktada, “insan hakları kahvaltısı ile başlar” şeklinde beyanı¹ olan Senegal’in eski Devlet Başkanı Leopold Senghor’u da anmamak olmaz. Hakikaten, insanların sağlıklı olabilmeleri için de, yeterli gıdaya, temiz ve içilebilir suya, temiz havaya, temiz toprağa ve sonuçta temiz ve sürdürülebilir bir hayat için uygun ve sağlıklı bir yaşam alanına ihtiyaçları vardır. Kendi gıdalarını ya da konut ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için de, insanların, söz gelimi, çalışma olanağına ihtiyaç duydukları aşikârdır; ki gelir elde edebilsinler ve ihtiyaçlarını karşılayabilsinler.

Sağlık hakkı, bir başka ifadeyle, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkı”, bir insan hakkıdır. Fakat insan haklarının en önemlisi değildir. Çünkü bütün insan hakları, birbiri ile ilişkili ve biri olmadan ötekisi anlamsız olan bir özelliği bünyesinde barındıran bir yapıya sahiptir. Yani, insan haklarının arasında hiyerarşik bir kademelenme söz konusu değildir. Şayet anılan türden bir kategorik tasnif kabul edilecek olursa, hangi haklara öncelik verileceği, hakların hangisinin daha önemli ya da önemsiz olduğunun nasıl ve kim tarafından belirleneceği sorunu ortaya çıkacaktır ki, anılan sorunun çözümü, ister istemez göreceli bir yaklaşımı da beraberinde getirecektir. Yani, sözü edilen sorunun yanıtı, “kişilerin içinde buldukları öznel durumdan kaynaklanmış ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin olan hak kategorisini” öncelikli olarak ileri sürmesine yol açacaktır. Bu yüzden de, anılan soruya alacağımız yanıt, daima subjektif ve değişken nitelikli olacaktır. Ya da, insan haklarının hangisinin daha önemli olduğuna hangi organ karar verecektir? Karar verirken hangi değerleri nasıl ve ne ölçüde ön planda tutacaktır? Soruları çoğaltmak mümkündür. Bu yüzden, insan haklarının hangisinin en üstün ve daha değerli olduğu sorusu, insan hakları kuramı için anlamsız bir soru manasına gelmektedir; çünkü kesin

¹ Andrew Clapham, *Human Rights a Very Short Introduction*, OUP, New York, 2007, s. 119.

bir yanıtı yoktur. Ya da, değişik bir söyleyişle, ne kadar yanıt varsa, o kadar da, “birincil nitelikte takdim edilmiş olan farklı hak” kategorilerinin olacağını söyleyebiliriz. Günümüzde, insan haklarının hepsi eşit önemde ve aynı değerde kabul edilmektedirler. Öte yandan da, belirtilmelidir ki, ulusalüstü insan hakları hukukunda sağlık hakkı, bir “ekonomik, sosyal ve kültürel hak” olarak kabul edilmektedir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise, kimi çevrelerce, ikincil değerde, önemde ve nitelikte kavranmaktadırlar. Bu yaklaşım tarzına katılmak mümkün değildir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisi olarak anılmakta olan haklar ve özgürlükler gibi; sözü edilen kategoriye ait bir hak olarak kabul edilmekte olan sağlık hakkı da, tıpkı diğer insan hakları gibi, aslında, tipik birer haklardır. İnsan haklarının tamamı “evrensel”, “bölünemez”, “birbiri ile ilişkili” ve “birbirine bağımlı”, “birisi olmadan ötekisi eksik ve anlamsız” olan bir nitelik taşımaktadır. Bu noktada ekonomik, sosyal ve kültürel hakların değerinin ikincil nitelikte olduğu görüşü (bir önceki paragrafta sunulan gerekçeler yüzünden) tutarlı değildir ve anılan yaklaşım, şayet benimsenecek olursa, insan hakları kuramını çökertebilecek nitelikte bir bakış açısını yansıtmaktadır. Bu yüzden, hem ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, hem de sağlık hakkı, tıpkı öteki bütün insan hakları gibi dava edilebilir nitelikte ve önemdedirler.

Bu Yazıda, önce, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusalüstü insan hakları hukukundaki temel nitelikleri belirginleştirilmiş ve öteki insan haklarından, sırf doğası gereği, farklı olmadıkları ortaya konulmuştur. Sonra, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisinden kabul edilmekte olan sağlık hakkının da, tıpkı diğer insan hakları gibi tipik bir hak olduğu ve dava edilebilir bir özellik taşıdığına vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, önce ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü temel belgelerde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların nitelikleri tespit edilmiş; sonra, yine, sözü edilen belgelerde sağlık hakkına ilişkin düzenlemelerin analiz edilmesi yöntemi yeğlenmiştir. Nihayet, Çalışma, sağlık hakkına ilişkin olan ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü örnek vak’a içtihatları ile “sağlık hakkının dava edilebilir nitelikte bir hak

olduğunun” kanıtlanabilmesi için, desteklenmiştir. Yani, Yazı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların temel özelliklerinden hareketle, sağlık hakkının kapsamına ilişkin normatif ve içtihadi bir düzleme odaklanmış olmaktadır. Nihayet, konunun bütünlüğü açısından, Türk Anayasa Hukuku tarihinde de, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların niteliği ve bu bağlamda sağlık hakkına içkin olan düzenlemeler değerlendirilmiş ve Türkiye’deki tablonun, aynı konudaki ulusüstü insan hakları hukukunun temel yaklaşımına uygun olup-olmadığı tartışılmıştır.

Bizi bu Çalışmayı hazırlamaya iten sebepler ve dolayısıyla da problem, üç başlık altında toplanabilir; ki, sözü edilen üç başlıkta, aslında, sağlık hakkının normatif ve içtihadi açılımının analizini gerektirmektedir. Birincisi, 2009 yılı kış ayları, kamuoyunda domuz gribi (H1N1) olarak da adlandırılan salgın ile ilgili olarak yoğun bir tartışma ortamı içinde geçirilmiş; ve bu süreçte hem ülkemizde, hem de dünya genelinde önemli sayıda kişi, anılan hastalıktan dolayı kaybedilmiştir. Domuz gribi salgınına karşı bazı devletler ilaç firmalarından aşı temin etmiş ve isteyen bireylerin sözü edilen hastalığa karşı aşı olabilmesini sağlamışlardır. Fakat olgusal gelişmenin bir başka boyutu daha olmuş ve aşı kampanyasına ilişkin tartışma, siyasal bir boyut kazanmıştır. Toplumdaki kimi çevreler aşılama kampanyasını desteklerken ve gereklidir derken; bazı siyasal çevreler ise anılan aşılama kampanyasının gerekli olmadığını savlayarak, kampanyaya karşı çıkmışlar ve aşı olmayacaklarını ve öteki bireylerin de aşı olmalarının gerekmediğini belirtmişlerdir. Bu noktada birinci soru, devletin, insan haklarına özgü yükümlülükleri bakımından, aşılama kampanyası düzenleme zorunda olup-olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yazıda, bahsi geçen sorunun cevabı, “evet” şeklinde yanıtlanmış; aksi halde devletin sağlık hakkını ihlal etmiş olacağı belirtilmiştir. İkinci olarak, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının yayınladığı (2009 yılına ve de 2010 yılının ilk üç aylık dönemine ait) istatistiksel verilere göre, Türkiye’de, bireysel düzlemde kaynaklanan ve sağlık hakkının ihlal edildiğine ilişkin yakınmalar, şikayet başvurularına ilişkin tabloda, nicelik olarak en üst sırada yer almaktadır. Gelinek noktada soru, ulusüstü insan hakları hukukunda

sağlık hakkının içeriğinin ne şekilde doldurulduğuna ilişkindir ve Yazıda bu sorunun cevabı da takdim edilmiştir. Nihayet, bizi bu çalışmayı yapmaya iten üçüncü dürtü ise, Türkiye’de kamuya açık kapalı mekânlardaki sigara yasağının iptal edilmesi amacıyla Danıştay’ın (Haziran 2010’da) Anayasa Mahkemesi’nde somut norm denetimi bağlamında iptal davası açmasıdır. Dolayısıyla, üçüncü soru da, ulusalüstü insan hakları hukukunda, sigaranın olası zararlarına karşı devletin yükümlülüğünün olup-olmadığına ilişkindir ve yanıt, bu Yazıda, “evet” olarak belirginleştirilmiştir. Çünkü aksi halde devlet, (tütün ve benzeri zararlı maddelere karşı bireyleri koruyamadığında) sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır.

Kolaylıkla gözlemlenebileceği gibi, sağlık hakkı, hem evrensel düzlemde, hem de ülkemiz düzeyinde yoğun ve ciddi manada tartışmalara konu olmaktadır. Bu Yazıda, anılan tartışmalara, ulusalüstü insan hakları hukukunun perspektifi ile bir çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.

I-İNSAN HAKLARI KAVRAMININ GÜNÜMÜZDEKİ ANLAMI, ÖZELLİKLERİ VE HAK KUŞAKLARI

İnsan hakları kavramı, günümüzde “sırf insan olduğu için sahip olunan haklar” şeklinde tanımlanmaktadır². Bireyin, bir insan hakkına sahip olabilmesi için insan olmaktan veya insan doğmuş olmaktan başka bir şeye ihtiyacı olmadığı gibi; başlı başına ve de sadece insan olmak, insan haklarına sahip olmak anlamına gelmektedir³. Bir başka söyleyişle insan haklarının kaynağı, insan doğasıdır; insan doğası da, genellikle insan ihtiyaçlarıyla tanımlanmaktadır⁴. İnsan haklarına (sadece) “yaşam” için değil; “onurlu bir yaşam” için ihtiyaç duyulur ve insan hakları ihlalleri, bir kimsenin insanlığının inkârı anlamına gelir⁵. İnsan onuru ve

² Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 11 ve 19.

³ Jack Donnelly, s. 154.

⁴ Jack Donnelly, s. 27.

⁵ Jack Donnelly, s. 27. Nozick’i izleyerek ifade edersek; bireylerin hakları vardır, hiç kimsenin veya hiçbir grubun (haklarını ihlal etmeden) onlara yapamayacağı şeyler

bireyin varlığı için zorunlu olan insan hakları, aynı zamanda, bireyleri devletin suiistimalinden korurlar ve devleti refah ve iyilik için gerekli olan şartları sağlaması için zorlarlar⁶. Öte yandan insan hakları, sadece (dikey ilişkiler alanı olarak da adlandırılan) **devlet–birey** ilişkisi anlamına gelmemekte; aynı zamanda eşitsizliğin olduğu yerlerdeki (işçi işveren arasında, doktor ile hasta arasında, mal sahibi ile kiracı arasında) **birey–birey** ilişkisini de (yani, yatay ilişkiler alanını da) içermektedir⁷.

Karel Vasak'ın klasikleşmiş ayrımına göre insan hakları; birinci, ikinci ve üçüncü kuşak olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır⁸. Birinci kuşak haklar ya da medeni ve siyasal haklar, 17. ve 18. yüzyıl liberal bireyciliği ile ilgili olan ve temelini burjuvazide bulmuş olan (negatif) özgürlüklerdir⁹. Birinci kuşak haklar, özgürlük düşüncesine dayanırlar ve bireyi devletin ihlallerine karşı korurlar¹⁰. İkinci kuşak haklar ya da ekonomik sosyal ve kültürel haklar ise, başlangıçta, özellikle işçi sınıfı ile ilgili olan ve sömürülen insanların haklarına atıf yapan (pozitif edimli)

vardır. Bu haklar öylesine güçlü ve kapsamlıdır ki, devletin veya memurlarının neyi yapabilecekleri sorusunu gündeme getirmektedir. Bu konuda bkz., Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, Çev: Alişan Oktay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s.21.

⁶ Aart Hendriks, “The Close Connection Between Classical Rights And the Right to Health, With Special Reference to the Right to Sexual And Reproductive Health”, *Medicine and Law*, 1999, s. 225-226.

⁷ Aart Hendriks, 1999, s. 225-226.

⁸ Prudence E. Taylor, “From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Winter-1998, s. 317-319.

⁹ Prudence E. Taylor, s. 317; Matthew C. R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, s. 8; Jack Donnelly, s. 40; Steven R. Keener – Javier Vasquez, “Alife Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, Spring-2009, s. 595. Yaşam hakkı, işkence yasağı, konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, özel yaşamın dokunulmazlığı, haberleşmenin dokunulmazlığı, iletişim özgürlüğü, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, inanç özgürlüğü, kanun önünde eşitlik, seçme-seçilme hakkı, seyahat ve yerleşme özgürlüğü gibi haklar, medeni ve siyasal haklar kategorisine örnek olarak verilebilir.

¹⁰ Jack Donnelly, s. 153.

insan haklarıdır¹¹. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, değerlerin eşit dağılımı için devletin müdahalesine dayanırlar ve temel olarak sosyal eşitliği gerçekleştirme iddiasındadırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, başlangıçta sosyalist devletler ile ilgili olmalarına rağmen, günümüzde, gelişmekte olan devletler tarafından da benimsenmektedirler¹². Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, eşitlik fikrine dayandıkları için, ekonomik ve sosyal mal ve hizmet olanaklarını pozitif olarak garanti ederler¹³. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olan talep ise, işçi sınıfı ve sosyalist aydınlar ile başlamıştır¹⁴. Üçüncü kuşak haklar ya da dayanışma hakları (halkların hakları) ise, üçüncü dünya milliyetçiliğini yansıtan ve kaynakların evrensel dağılımını savunan haklardır¹⁵. Üçüncü kuşak haklar, halkların ve grupların hakları ile ilgilidirler¹⁶. Sözü edilen hakların temel karakteristiği, boyut olarak kolektif nitelikte olmalarıdır¹⁷. Üçüncü kuşak haklar, aynı zamanda kardeşlik fikrine dayanırlar ve uluslar arası işbirliğini gerektirirler¹⁸. Fakat belirtilmelidir ki bu üçlü tasnif, insan haklarının sadece daha iyi kavranabilmesine ve insan haklarının tarihsel gelişimine içkindir. Yoksa insan haklarının tamamı aynı önemdedirler ve aralarında hiyerarşik bir sıralama yoktur; zaten sözü edilen bu olgusal durum da, kavramsal olarak doktrinde **insan haklarının bütünselliği** olarak kendisine yer bulmaktadır¹⁹. Bazı hakların daha değerli görülmesi ve ön planda tutulması, otomatik olarak, ötekilerin daha değersiz ve ikincil nitelikte

¹¹ Matthew C. R. Craven, s. 8; Steven R. Keener – Javier Vasquez, s. 595; Prudence E. Taylor, s. 317-319. Konut hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı, kültürel yaşama katılma hakkı, özürülülerin ve yaşlıların korunması gibi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara örnek olarak verilebilir.

¹² Prudence E. Taylor, s. 317-319.

¹³ Jack Donnelly, s. 153.

¹⁴ Jack Donnelly, s. 40.

¹⁵ Prudence E. Taylor, s. 317-319. Barış hakkı, insani refah hakkı, sağlıklı çevre hakkı, gelişme hakkı, kendi kaderini tayin hakkı ve insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı gibi haklar, dayanışma haklarına örnek olarak verilebilir.

¹⁶ Matthew C. R. Craven, s. 8.

¹⁷ Prudence E. Taylor, s. 317-319.

¹⁸ Jack Donnelly, s. 153.

¹⁹ Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 1672-1700.

olduğu anlamına gelir ki, burada ortaya çıkan sorunun odak noktası, hangi hakların ön planda tutulacağı ve buna kimin karar vereceğidir. Öyle ya, hangi haklar daha önemlidir? Ya da hakların bazılarının daha değersiz olduğunu, ötekilerin ise daha değerli olduğunu kim, nasıl ve de hangi ölçütlere göre belirleyecektir? Açıktır ki, bu soruların yanıtı görecelidir ve kişiden kişiye, içinde bulunulan durumdan duruma göre değişecektir. Bu yüzden de, insan haklarının arasında bir hiyerarşi olduğu düşüncesi abesle iştigaldir ve zaten böyle bir yaklaşımın benimsenmesi de insan hakları kuramını çökertecek niteliktedir. Çünkü kimileri bazı hakları ön planda tutarken, diğerleri başka haklara daha fazla önem atfedebileceklerdir. Örneğin, sağlıklı, geçimini temin etmek ve para kazanmak için çalışmak isteyen ve fakat iş bulamayan bir kişi için çalışma hakkı ön planda tutulabilecek iken; yazdıklarından ötürü cezai takibata uğrayan bir yazar, ifade özgürlüğünü gündeme getirebilecektir. Objektif olmayan ve de seçici olan anılan sorunlu durumların önlenmesi için, günümüzde, insan haklarının tamamının bir bütün olarak eşit ve aynı önemde olduğu kabul edilmektedir.

Öte yandan, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla evrensel ve bölgesel düzlemde örgütler oluşturulmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan ve uluslar arası bir örgüt olan BM, evrensel düzlemde faaliyet göstermektedir²⁰. BM sistemi; sözleşmelerden, bildirilerden, tavsiye kararlarından ve rehber ilkelerden oluşan geniş bir mevzuat ile imzacı devletleri bağlayan bir rejim olarak kurulmuştur²¹. Avrupa Kıtasında (Avrupa Konseyi Örgütü), Amerikan Kıtasında (Amerikan Devletleri Örgütü) ve de Afrika Kıtasında (Afrika Birliği) olmak üzere kurulmuş olan üç bölgesel örgüt de, yine, insan hakları alanında faaliyette bulunmaktadır²². İnsan hakları alanında bölgesel düzlemde fonksiyonel olan örgütler, BM'ye nazaran, daha etkili

²⁰ Lance Gable, "The Proliferation of Human Rights in Global Health Governance", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Winter-2007, s. 536.

²¹ Lance Gable, s. 536.

²² Lance Gable, s. 537.

mekanizmalara (mahkeme gibi) sahiptirler ve bağlayıcı kararlar alabilmektedirler²³.

II-ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GENEL TEORİSİNDE EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR

Sağlık hakkı, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine ait bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden de, ilkin, ulusalüstü insan hakları hukukunda, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların temel nitelikleri üzerinde durulması, konunun kristalizasyonu ve bütünlüğü için elzemdir.

Ulusalüstü insan hakları hukukuna ilişkin temel belgelere göre, sadece medeni ve siyasal haklar değil; aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da “**doğuştan sahip olunan**” bir niteliğe sahiptir. İnsan hakları temel belgelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların niteliği ile ilgili olarak, genellikle, bütün insan haklarının bölünemez ve birbirinden ayrılamaz nitelikte olduğuna, bütün hakların ancak birlikte bir anlam ifade ettiğine ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılamayacağına dikkat çekilmektedir²⁴.

²³ Lance Gable, s. 537.

²⁴ Medeni ve siyasal haklar ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da dahil olmak üzere bütün insan hakları, bölünmezdir (**Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı-Başlangıç**; **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü-Başlangıç**); medeni ve siyasal haklar ve ekonomik sosyal ve kültürel haklar birbirinden ayrılamaz niteliktedirler (**Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı-Başlangıç**); özgür insan idealine ancak medeni ve siyasal haklar ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklar birlikteliği ile ulaşılır (**Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi-Başlangıç**; **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi-Başlangıç**; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-Başlangıç); ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılamaz (Af.İHHŞ-madde 2; **Avrupa Sosyal Şartı-Başlangıç**; GGASS-madde E; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 3; ESKH Sözleşmesi-madde 2); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların geliştirilmesi, mükemmelleştirilmesi ve korunması zorunludur (Ame.İHS'nin Ek Protokolü-Başlangıç); bazı haklar gerçekleştirilecek diye, ötekilerin ihlal edilmesi haklı kılınamaz (Ame.İHS'nin Ek Protokolü-Başlangıç); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatminkar düzeye getirilmesi, medeni ve siyasal haklardan yararlanmanın bir güvencesidir (Af.İHHŞ-Başlangıç); ekonomik, sosyal ve kültürel hakları gerçekleştirmek için uluslar arası yardımlaşma ve işbirliği gerekir (ESKH Sözleşmesi-

Bu noktada belirtilmelidir ki, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmelerinde, devletin, mali kaynaklarının yeterliliği ölçütünü dikkate alması ve buna göre davranması gereği, insan hakları belgelerinde, pek de rastlanılabilen bir ifade değildir. İnsan hakları hukukuna özgü olan ve spesifik olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak hazırlanan belgeler içinde, sadece bir belgede (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü-madde 1) “gelişmişlik düzeyinin dikkate alınması ve kaynakların elverdiği ölçüde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi” yönünde bir açıklama vardır. Anılan durum, öteki insan hakları belgelerindeki yaygın tavrın, tam da tersini yansıtmaktadır.

Öte yandan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, çeşitli sınırlandırma ölçütlerine²⁵ dayanarak sınırlandırılabilir; olası bir sınırlamanın, hakların amaç ve nedenleriyle uyumlu olması (Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 5) ve hakların niteliği ile bağdaştığı ölçüde yapılması (ESKH Sözleşmesi-madde 4) gibi koşullara da özel bir önem verildiği tespit edilebilmektedir. Aslında bu koşullar, sınırlamanın sınırı koşullarıdır ve bunlara demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü de (ESKH Sözleşmesi-madde 4; ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G) ekleyebiliriz.

Sınırlama ölçütlerinin nicelik açısından değerlendirilmesi, Avrupa Konseyi'ni ön plana çıkarmaktadır. Sözü edilen çıkarım, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, Avrupa Kıt'asında (beş sınırlama ölçütü

madde 2; Ame.İHS-madde 26; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 1); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, tedrici bir şekilde gerçekleştirilmeleri gerekir (ESKH Sözleşmesi-madde 2; Ame.İHS-madde 26; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 1); ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesinde elverişli kaynakların azami derecede kullanılması ve uygun olan bütün araçların kullanılması gerekir (ESKH Sözleşmesi-madde 2).

²⁵ Kamu yararı (ASŞ-madde 1; GGASŞ-madde G); ulusal güvenlik (ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G); kamu sağlığı (ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G); genel ahlak (ASŞ-madde 1; GGASŞ-madde G); başkalarının hakları ve özgürlükleri (ASŞ-madde 31; GGASŞ-madde G) ve genel refah (ESKH Sözleşmesi-madde 4; Ame.İHS'nin Ek Protokolü-madde 5).

benimsendiği düşünüldüğünde) sınırlandırmalara daha çok maruz kalabileceği anlamına gelmektedir.

Doktrinde, insan haklarının bir kısmının, değer açısından, ötekilerden farklı olarak kavranabildiğine şahit olmaktadır. Değişik bir ifadeyle, doktrinde, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, medeni ve siyasal haklardan daha az değerli gören yaklaşımların dillendirildiği de vakıdır. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, medeni ve siyasal haklardan farklı olarak kabul edenlerin gerekçeleri, temel olarak beş kategoride özetlenebilir: İlkin, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların anlamlarının muğlak, içeriklerinin ise soyut olduğu iddia edilmektedir²⁶. İkinci olarak; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, devletin ekonomik kaynaklarına bağlı olduğuna dikkat çekilmektedir²⁷. Üçüncü olarak; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, “tedrici” olarak uygulanmaları gereken haklar olduğunun altı çizilmektedir²⁸. Dördüncü olarak; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, “ulaşılması gereken amaçlar” ya da “ahlaki programatik görevler” olarak algılanmaktadır²⁹. Nihayet, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, “dava edilebilir” nitelikte olmadığına vurgu yapılmaktadır³⁰. Fakat sözü edilen iddialara katılmak

²⁶ Alana Klein, “Judging As Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, Spring-2008, s. 357; Navish Jheelan, “The Enforceability of Socio-Economic Rights”, *European Human Rights Law Review*, 2007, s. 147-148; Michael J. Dennis – David P. Stewart, “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?”, *American Journal of International Law*, July-2004, s.464.

²⁷ Ebow Bondzie-Simpson, “A Critique of the African Charter on Human and Peoples’ Rights”, *Howard Law Journal*, 1998, s. 647; A. H. Robertson – J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996, s. 275-276; Amanda Littell, “Can a Constitutional Right to Health Guarantee Universal Health Care Coverage or Improved Health Outcomes?: A Survey of Selected States”, *Connecticut Law Review*, Fall-2002, s. 293; Alana Klein, s. 357; Navish Jheelan, s. 150; Matthew C. R. Craven, s. 15.

²⁸ Matthew C. R. Craven, s. 15.

²⁹ Aart Hendriks, “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, *European Journal of Health Law* 5, 1998, s. 392; Navish Jheelan, s. 150; Amanda Littell, s. 293.

³⁰ Matthew C. R. Craven, s. 10; Amanda Littell, s. 293; Alana Klein, s. 357-359; Navish Jheelan, s. 147-148.

ve de bunları savunabilmek, çeşitli açılardan, pek de mümkün gözükmemektedir. Çünkü sadece medeni ve siyasal haklar değil; aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, hem pozitif, hem de negatif edimlidirler³¹. Aslında, bir bütün olarak insan haklarının tamamı, hem pozitif, hem de negatiftir; dolayısıyla, medeni ve siyasal hakların negatif; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ise pozitif edimli olduğu yönündeki geleneksel yaklaşım günümüzde aşılmıştır. Devletin, kamu güvenliğini sağlayabilmesi için, savunma hizmetini sunabilmesi için ya da hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için pozitif edimi (olumlu eylemi) gerekmektedir³². Adil ve usulüne uygun bir yargılama yapabilmesi için, devletin, ücretsiz avukat, adli yardım, ücretsiz tercüman temin etmesi zorunludur. Ayrıca, devletin, yaşam hakkını kanun ile koruması, şüpheli ölümleri soruşturması, ifade ve toplantı özgürlüğünün kullanılabilmesi için polis koruması sağlaması yükümlülüğü de vardır; ve bunlar, açıktır ki, (devlet tarafından uygulanması gereken) pozitif edim gerektirmektedir. Eğer bu haklar, sadece negatif (yani devletin müdahale etmesi gerekmeyen) olarak kabul edilecek olursa, insan haklarının gerçekleştirilebilmesi ve bu haklardan faydalanılabilmesi mümkün olmayacaktır. Yine sosyal (yani, devletin pozitif edimi gereken) haklar kategorisinden kabul edilmekte olan örneğin sendika kurma hakkı, sendikaya üye olma hakkı, grev hakkı ve toplu pazarlık hakkı için aslında devletin müdahale etmesine gerek yoktur. Öte yandan, sağlık hakkını ele aldığımızda, devletin, bireylerin sağlığına zarar vermekten kaçınması, kültürel mal varlığını tahrip etmemesi ve eğitimi daha da kötü bir duruma düşürmemesi (yani, negatif edim örneği sergilemesi) gerekmektedir³³. Anılan faaliyetlerin, devletin negatif edimini gerektirdiği açıktır. Demek ki, insan hakları ile ilgili olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların pozitif edim, medeni ve siyasal hakların ise negatif edim gerektiren haklar olduğu yönündeki

³¹ Jack Donnelly, s. 43; James L. Cavallaro – Emily J. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hasting Law Journal*, December-2004, s. 252-253; Navish Jheelan, s. 147-151.

³² James L. Cavallaro – Emily J. Schaffer, s. 252-253.

³³ James L. Cavallaro – Emily J. Schaffer, s. 252-253.

yaklaşım tutarlı değildir; her iki hak kategorisi arasında, yukarıda da örneklendirildiği üzere, hem pozitif edim, hem de negatif edim gerektiren simetrik ilişkiler söz konusudur.

Belirtilmelidir ki, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da hukukidirler³⁴. Çünkü medeni ve siyasal hakların tam olarak gerçekleşebilmesi için ekonomik, sosyal ve kültürel haklar zorunludurlar. Örneğin ifade özgürlüğü, aç olmamaya, susuz olmamaya, sağlıklı olmaya ve barınma ihtiyacının giderilmiş olmasına bağlıdır. Kaldı ki, medeni ve siyasal haklara yaptığı katkıyı dikkate almasak bile, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da; doğumla elde edilmiş olan bir değerdedirler, bireyin fiziksel doğası ile yakından ilişkilidirler ve kişilerin ihtiyaçları ve sosyal iyiliklerden/faydalardan yararlanabilmeleri için hayatidirler³⁵. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin³⁶ (ESKH Komitesi), ekonomik, sosyal ve kültürel haklara bakış açısı da, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hukuki olarak bağlayıcı oldukları, uygulanabilir oldukları, başvuru yollarına tabi oldukları ve dava edilebilir nitelik taşıdıkları yönündedir³⁷.

Sonra, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devletin kaynaklarına bağlı olarak tedrici bir şekilde uygulanabilir olduklarına ilişkin bakış açısı da mantıklı değildir³⁸; çünkü, örneğin sendika kurma hakkı, devletin

³⁴ Matthew C. R. Craven, s. 13; Michael J. Dennis – David P. Stewart, s.492-514.

³⁵ Matthew C. R. Craven, s. 13.

³⁶ ESKH Sözleşmesi'nin orijinal metninde, bir organ biçimlendirilmemiştir. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin ESKH Sözleşmesi ile ilgili çalışmaları da etkin değildi. Bu yüzden BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, 1978'de, bir "Çalışma Grubu" oluşturulmasına karar verdi. Fakat bu Çalışma Grubunun adı, 1985 tarihinde, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından, ESKH Komitesine dönüştürüldü. ESKH Komitesinin, 18 üyesi vardır ve bu üyelerin görev süresi 4 yıldır. Üyeler, Taraf Devletin sunduğu adaylar içinden, BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'ce, gizli oy ile seçilirler. ESKH Komitesinin üyelerinin ilk seçimi 1986 tarihinde; ilk toplantısı da 1987 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Periyodik oturumlarda taraf devletlerin sunduğu raporları değerlendiren ESKH Komitesi, sonradan kendi usul kurallarını hazırlamış ve bu kurallar da BM Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından onaylanmıştır. Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, 2007, s. 509.

³⁷ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s.492-514.

³⁸ Matthew C. R. Craven, s. 15.

müdahale etmemesini gerektirir; fakat cezalandırma sistemi veya adil yargılanma hakkı için ise, devletin olumlu eylemi ve ciddi manada kaynak ayırması gerekir³⁹. Kaynak yokluğu, taraf devletin, ilgili Sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmesini geciktirmesine izin vermez⁴⁰; tam da bunun aksine, taraf devletin, kaynak sıkıntısı yüzünden yükümlülüklerini sadece “derhal” yerine getirmeyebileceği anlamına gelir⁴¹. Öte yandan, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, ilke olarak, devletin kaynaklarına bağımlı olması, dolayısıyla, kaynak olmadığı/bulunmadığında uygulanamayacakları ve korunamayacakları anlamına gelmektedir⁴². Fakat aynı yaklaşım medeni ve siyasi haklar için de geçerlidir⁴³. Örneğin, taraf devletin nezareti altında olan ve şüpheli bir şekilde ölen kişilerin ya da kuvvet kullanılması sonucunda devlet ajanları tarafından öldürülmüş olan kişilerin şüpheli ölümlerini etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altında olduğunun belirtildiği bir taraf devletin, anılan soruşturmalar için maddi kaynak kullanması gereği açıktır⁴⁴. Aynı minvalde olmak üzere, adil yargılanma hakkı için, taraf devletin, avukat tutma parası olmayan kişilere, ücretsiz avukatlık hizmeti sağlaması gerektiğini de belirtmeliyiz⁴⁵. Anılan durum göstermektedir ki, hakları gerçekleştirmek için devletin kaynak kullanması, sadece ekonomik, sosyal ve kültürel haklara özgü bir gereklilik değil; aynı zamanda, medeni ve siyasi haklar da devletin kaynak kullanmasını gerektiren haklardır. Dolayısıyla kaynak yokluğuna dayanılarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların arka plana atılması idesi haklı bir argüman değildir. Söz gelimi, adil yargılanma hakkı için, devletin, mahkemeler kurması, orada hakim, savcı ve çeşitli nitelikte idari personel bulundurması zorunluluğu kaynak olmadan yerine getirilebilir nitelikte olan bir hizmet değildir.

³⁹ Matthew C. R. Craven, s. 15.

⁴⁰ Matthew C. R. Craven, s. 115.

⁴¹ Matthew C. R. Craven, s. 136.

⁴² Navish Jheelan, s. 150-151.

⁴³ Navish Jheelan, s. 151.

⁴⁴ Navish Jheelan, s. 151.

⁴⁵ Navish Jheelan, s. 151.

Ulusalüstü insan hakları hukuku alanında devletlerin, (insan haklarına) “saygı göstermek”, (insan haklarını) “korumak” ve (insan haklarının) “gereğini yerine getirmek” şeklinde ifade edilmekte olan genel nitelikteki yükümlülükleri de, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında fark olduğu iddiasını, mesnetsiz bırakmaktadır⁴⁶. İnsan haklarına saygı göstermek yükümlülüğü, bazı durumlarda (örneğin sendika kurmada ya da ailenin kendi çocuğunun okulunu kamu okulları dışında seçebilmesinde) devletin karışmamasını, devletin müdahale etmemesini veya devletin kendisini sınırlamasını gerektirmektedir⁴⁷. Devletin insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü, aynı zamanda, kamu otoritesinin, bireyin bütünlüğünü veya özgürlüklerini ihlal edici davranışlardan kaçınmasının gerekliliği şeklinde de tanımlanmaktadır⁴⁸. Devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü, bireylerin, öteki bireylerin onurunu, hak ve özgürlüklerini, bütünlüğünü ve refahını ihlal etmesin diye, kamu otoritesinin alması gereken önlemleri ifade etmektedir⁴⁹. Devletin, bireylerin özgürlüklerini,

⁴⁶ Matthew C. R. Craven, s. 110; Aart Hendriks, 1998, s. 393; Michael J. Dennis – David P. Stewart, s.491. Maastricht Kuralları'nın altıncı ve yedinci paragrafında, “saygı göstermek”, “korumak” ve “yerine getirmek” şeklinde ifade edilmekte olan üçlü yükümlülük tipolojisinin her birisinin, ayrıca, “yol göstermek/rehberlik etmek” (obligation of conduct) ve “sonuçlandırmak/önceden belirlenmiş olan standartlara ulaşmak” (obligation of result) olmak üzere, iki farklı yükümlülük alanını da bünyesinde barındırdığı belirtilmektedir. Spesifik olarak bir haktan yararlanmada, makul eylem planı hazırlanması anlamına gelmekte olan “yol göstermek/rehberlik etmek” yükümlülüğü, sağlık hakkı örneğinde, devletin, anne ölüm oranlarının azaltılmasında bir eylem planının kabul edilmiş olmasını gerektirmektedir. “sonuçlandırmak/önceden belirlenmiş olan standartlara ulaşmak” yükümlülüğü ise, sağlık hakkı örneğinde, anne ölüm oranlarının, önceden belirlenmiş olan uluslar arası standartlara çekilmesi gereği ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Sözü edilen örneklerin, taraf devletçe gerçekleştirilememiş oluşu, sağlık hakkının ihlal edilmiş olacağı şeklinde kavranmalıdır. Maastricht Kuralları, Paragraf: 6 ve 7 için bkz., *Human Rights Quarterly* 20, (1998), s. 691-705; Bertrand G. Ramcharan (Editor), *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*, NLD: Martinus Nijhoff Publishers, Lediden/Boston, 2005, s. 553-562 ve Victor Dankwa – Cees Flinterman And Scott Leckie, “Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 20, (1998), s. 705-730.

⁴⁷ Matthew C. R. Craven, s. 110.

⁴⁸ Aart Hendriks, 1998, s. 393.

⁴⁹ Aart Hendriks, 1998, s. 393.

üçüncü tarafın müdahalesinden koruması ise, aynı zamanda, “insan haklarının yatay etkililiği” kavramını ortaya çıkarmaktadır⁵⁰. Devletin, insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, kamu otoritesinin, kendi yargı yetki alanındaki herkesin, insan haklarından kaynaklanan ihtiyaçlarını tatmin edebilmesi için gerekli olan bütün önlemleri geliştirici bir şekilde alması anlamına gelmektedir⁵¹. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların anlaşılabilirliği/kavranabilirliği için merkezi önemde bir role sahip olan “gereğini yerine getirme yükümlülüğü”, devletlerin, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için “makul en kısa zaman süresi içinde” önlem alması gerektiği şeklinde kavranmaktadır⁵².

Her ne kadar son zamanlarda geçerliliğini yitirmiş⁵³ bir argüman olsa bile, “ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dava edilebilir olmadığı” yönündeki bakış açısı da, makul bir çıkarım değildir. “Dava edilebilir” olma (justiciability), hak ihlali iddialarını çözümlmek için kurulmuş olan mekanizmalar veya prosedür anlamında kullanılmaktadır⁵⁴. Bu bakış açısına göre haklar ve özgürlükler, ne zaman ki onlar hakkında hüküm verme konusunda yetkili bir mekanizma kurulur ve yöntemler ile donatılırlarsa, “dava edilebilir” nitelikte olurlar⁵⁵. Fakat belirtilmelidir ki, zaten, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, dava edilebilir niteliktedirler⁵⁶. Bahsi geçen iddia, bu yazıda, ileride, maddi vak’a hukukuna ilişkin içtihatlar ile kanıtlanmıştır. Bu da göstermektedir ki, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, “doğası gereği” dava edilemez değildirler; tam da bunun aksine, ilgili Sözleşmeye eklemlediklerinde, o

⁵⁰ Matthew C. R. Craven, s. 111. Okul idarecileri, öğretmenler, doktorlar, mal sahipleri ya da diğer özel aktörlerden kaynaklanan hak ihlallerinin, devlet tarafından önlenmesi anlamında kullanılmakta olan “**yatay etkililik**” kavramı, geleneksel insan hakları anlayışındaki “devletten kaynaklanan ve bireye yönelen ihlaller” şeklindeki algıyı, birey-birey ilişkisini de öne alarak, alanını genişletmiştir. Bkz. Victor Dankwa – Cees Flinterman and Scott Leckie, s. 714, Dipnot No: 32.

⁵¹ Aart Hendriks, 1998, s. 393.

⁵² Matthew C. R. Craven, s. 115.

⁵³ Navish Jheelan, s. 146.

⁵⁴ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s.474.

⁵⁵ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s.474.

⁵⁶ Bertrand G. Ramcharan, bütün kitap, özellikle s. 1 ve 3.

Sözleşmenin uygulanmasından ve denetlenmesinden sorumlu organ (diyelim ki Komite ya da Komisyon) bu hakların ihlal edilip edilmediğine karar verebilmektedir. Özüne indirgenğinde, örneğin ESKH Sözleşmesi söz konusu olduğunda, demek ki, ESKH Komitesinin yarı-yargısal yetkiler ile donatılması, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları “dava edilebilir” nitelikte yapacaktır⁵⁷. Yani, aslında, ilgili Sözleşmeye taraf olmuş devlet için, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bağlayıcıdır ve dolayısıyla da ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da, tipik birer “hak”tır. Çünkü “dava edilebilir olma” hak olmanın olmazsa olmaz koşulu değildir⁵⁸. Bu noktada, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanmasında önemli bir enstrüman rolünü, “soft law”un oynayabileceğini de belirtmeliyiz. “Soft Law”, “denetimsel, raporsal ve kontrol edici mekanizmalar” anlamında kullanılmaktadır⁵⁹. Hükümetlerin ya da özel sektörün üzerinde, bağlayıcı olmayan mekanizmaların kurulması da, ihlal edilmiş olan hakları telafi edebilecektir⁶⁰. Zaten, ESKH Komitesi de, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, “derhal” uygulanma yeteneğine sahip olduklarının altını çizerek, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki (zaten, doktrinde sadece bazı çevrelerce olduğuna inanılan) hiyerarşiyi de ortadan kaldırmış olmaktadır⁶¹.

Nihai olarak gözlemlenen, medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ayrım noktasında, mutlak/ikna edici bir argümanın olmadığıdır⁶². Kuşkusuz ki, ayrım, “hakların tarihsel tanınmaları” ile “felsefi olarak haklaştırılmaları” ya da “uygulamadaki

⁵⁷ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s.474. Kaldı ki, ESKH Sözleşmesi’ne, denetim sistemindeki güçsüzlük nedeniyle, bireysel ve toplu şikayet başvurusu usulünü ekleyecek bir Protokol hazırlanması düşüncesi ve bu konudaki taslak metin, gündemdedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, 2007, s.511-515.

⁵⁸ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s. 514.

⁵⁹ Navish Jheelan, “The Enforceability of Socia-Economic Rights”, s. 147, Dipnot No: 5.

⁶⁰ Navish Jheelan, “The Enforceability of Socia-Economic Rights”, s. 147, Dipnot No: 5.

⁶¹ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s. 491. Ayrıca bkz., ESKH Komitesinin 9 Numaralı Genel Yorumu, Paragraf: 3-8 ve 10.

⁶² Matthew C. R. Craven, s. 16. Bu konuda ayrıca bkz., Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 51, 74, 127, 143 ve 305.

durumları” arasında olabilir⁶³. İkiz Sözleşmeler (MSH Sözleşmesi ile ESKH Sözleşmesi) hazırlanırken kurgulanan iki farklı hak kategorisi (medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar) düşüncesi, günümüzde de mevcudiyetini sürdürüyor olsa bile, bu iki farklı bakış açısı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ne hak olmaktan çıkarır; ne de onları hiyerarşik olarak alt seviyeye düşürür⁶⁴. Kaldı ki, bu iki farklı hak kategorisi düşüncesi, devletlerin, anılan Sözleşmelere olası taraf olmalarını kolaylaştırmak ve teşvik etmek için kurgulanmıştır.

İnsan hakları arasında öncelik-sonralık şeklinde önem derecesine göre bir sıralama yoktur; hepsi eşit derecede önemlidirler ve eşit derecede uygulanmalıdır⁶⁵. Zaten, BM, insan haklarının arasında önem ve hiyerarşi bakımından hiçbir ayırımın olmayacağını ve de yapılamayacağını kabul etmektedir⁶⁶. Gerçekten de, insan haklarının nitelikleri, BM tarafından düzenlenmiş olan 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansı’nın⁶⁷ sonucunda hazırlanan “Viyana Bildirisi ve Eylem Programı’nda⁶⁸; “**evrensel**” (universal), “**bölünmez**

⁶³ Matthew C. R. Craven, s. 16.

⁶⁴ Michael J. Dennis – David P. Stewart, s. 465.

⁶⁵ Andrew Clapham, s. 119.

⁶⁶ Sumudu Atapattu, “The Right to Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law”, *Tulane Environmental Law Journal*, Winter-2002, s. 68; Aart Hendriks, 1998, s. 392.

⁶⁷ Dünya İnsan Hakları Konferansı, 14-25 Haziran 1993 tarihlerinde Viyana’da düzenlenmiştir. Konferansın sonucunda da, yani 25 Haziran 1993’te, katılımcı devletlerin temsilcileri tarafından “Viyana Bildirisi ve Eylem Programı” kabul edilmiştir. Bu konuda Bkz., DPI/1394/Rev.1/HR-95-93241, April 1995.

⁶⁸ BM tarafından, 14 – 25 Haziran 1993 tarihleri arasında, Viyana’da, Dünya İnsan Hakları Konferansı düzenlenmiştir. Konferansın sonunda, 25 Haziran 1993 tarihinde, 171 devlet temsilcisi tarafından “Viyana Bildirisi ve Eylem Programı” (VBEP) kabul edilmiştir. VBEP’de, bütün insan haklarının, her insan kişisinde bulunan onurdan ve değerden türediği, doğal yollardan elde edildiği yani kalıtımsal olduğu vurgulanmıştır. BM Şartı ile uyumlu olarak, bütün devletlerin ırk, cinsiyet, dil ve din bakımından ayrımcılık yapmaksızın insan haklarına saygıyı geliştirmek ve teşvik etmek sorumluluğuna dikkat çekilen VBEP’de, insan haklarının her insan varlığının doğuştan kazanılmış haklar olduğu, bu hakların korunmasının ve ilerletilmesinin devletlerin birinci sorumluluğu olduğuna işaret edilmiştir (I-1). Devletlerin, siyasal, ekonomik ve kültürel sistemlerini dikkate almaksızın, insan haklarını geliştirmek ve korumak görevlerine atıf yapılan VBEP’de, bütün insan haklarının, **evrensel, bölünmez, birbiri ile ilişkili ve birbirine bağımlı** olduğu belirtildikten sonra, uluslar arası

(indivisible)”, “**birbiri ile ilişkili** (interrelated)” ve “**birbirine bağımlı** (interdependent)” olmak üzere dört farklı niteliği bünyesinde barındırır bir şekilde ifade edilmiştir⁶⁹. Bir başka söyleyişle, BM, “medeni ve siyasal haklar” ile “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” arasında (ki sadece bazı çevrelerce olduğuna inanılan) hiyerarşik ya da önem bakımından bir ayırım olduğu yönündeki algıya ve dolayısıyla da ayırma, 1993 tarihinde son vermiştir⁷⁰.

İnsan haklarının arasında bir hiyerarşinin olduğu şeklindeki temelsiz argümandan ziyade, günümüzde, modern insan hakları öğretisinde önemli olan kavramlar; moral özerklik, insan gereksinimleri, insan onuru, eşitlik, eşit saygı, insan gelişimi ve makul uygulama şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷¹.

İnsan haklarının bir bütün olarak eşit önemde olduğu ve aralarında hiyerarşik bir ilişkinin olmadığı “**Limburg Prensipleri**”⁷²nde, ESKH

toplumun, insan haklarına evrensel olarak adil ve eşit tarzda davranması ve aynı önemi vermesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir (I-5). İnsan haklarına, herhangi bir tür ayrımcılık yapılmaksızın saygı gösterilmesinin uluslar arası insan hakları hukukunun en temel kuralı olduğu dillendirildikten (I-15) sonra, VBEP’de, insan hakları konularının dikkate alınmasında, **evrensel olma, objektif olma ve seçici olmama** kriterlerinin belirlenmiş olduğu (I-32) tespit edilebilmektedir. Sonuçta, VBEP ile, dünyanın her tarafında insan haklarının geliştirilmesi için, uluslar arası topluma ortak bir plan sunulmuştur. Bu amaçla, ilk global insan hakları toplantısı da, zaten 1968’de Tahran’da yapılmıştı. 1993 tarihli Konferansın sonunda hazırlanmış ve alenileştirilmiş olan nihai doküman (VBEP), BM Genel Kurulu’nun 48. oturumunda (resolution 48/121, of 1993) kabul edilmiştir. Bu konuda bkz., DPI/1394/Rev.1/HR-95-93241, April 1995.

⁶⁹ A. H. Robertson – J. G. Merrills, s. 274; Aart Hendriks, 1998, s. 392; Sumudu Atapattu, s. 68.

⁷⁰ Prudence E. Taylor, s. 321-322; Aart Hendriks, 1998, s. 392. ESKH Komitesinin 1990 tarihli ve 2 Numaralı Genel Yorumunda, insan haklarının bölünemez ve birbirine bağımlı olduğu (paragraf: 6) açıkça belirtilmiştir. Sözü edilen Genel Yorum için bkz., E/1990/23. Aynı yönde bir değerlendirme için bkz., Albie Sachs, “Enforcement of Social And Economic Rights”, *American University International Law Review*, 2007, 694.

⁷¹ Matthew C. R. Craven, s. 12.

⁷² Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde ifade edilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların niteliği ve kapsamı ile ilgili olan (iki bölümden ve 103 paragraftan oluşan) Limburg Prensipleri; uluslar arası hukuk alanında tanınmış bir grup uzman (toplam yirmi dokuz kişi) tarafından, 2-6 Haziran 1986 tarihinde, Limburg Üniversitesinde (Hollanda’da) yapılan bir toplantı sonucunda belirlenmişlerdir.

Komitesinin “**3 Numaralı Genel Yorumu**”nda⁷³ ve “**Maastricht Kuralları**”⁷⁴nda da açıkça ifade edilmiştir⁷⁵. ESKH Sözleşmesi’ndeki bazı hakların “**derhal**”, bazılarının ise “**tedrici olarak**” gerçekleştirilebileceğinin ifade edildiği Limburg Prensipleri’nde⁷⁶, taraf devletlerin, ESKH Sözleşmesi’ndeki bütün hakların gerçekleştirilebilmesi için “**derhal adım atmaları gereğine**” dikkat çekilmektedir⁷⁷. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanmasında ayrımcılık yapılamaz ve anılan hakların gerçekleştirilmesinde eşitliğe özel bir önem verilir⁷⁸. Taraf devletlerin, her hangi bir hak ihlali durumunda kullanılmak üzere, önceden, etkili başvuru mekanizmaları kurmaları bir yükümlülüktür⁷⁹. İnsan haklarının tedrici olarak gerçekleştirilebilmesinin, uygulamayı

Hollanda hükümetinin inisiyatifi ile de, Limburg Prensipleri, BM’nin resmi bir dokümanı olarak, 1987 yılında, yayınlanmıştır. Limburg Prensipleri için bkz., *Human Rights Quarterly* 9, (1987), s.122-135; U. N. Doc. E/CN.4/1987/17, Annex; Victor Dankwa – Cees Flinterman And Scott Leckie, s. 705-730 ve Bertrand G. Ramcharan, s. 31-46.

⁷³ ESKH Komitesinin “taraf devletlerin yükümlülüklerinin niteliklerine” özgü olan 1990 tarihli ve 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

⁷⁴ Toplam otuz dört kişiden oluşan bir grup uzmanın, Maastricht Üniversitesi’nde (Hollanda’da), 22-26 Ocak 1997 tarihinde, Limburg Prensipleri’nin onuncu yıldönümü dolayısıyla yaptığı toplantının sonucunda ilan edilmiş olan ve (spesifik olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında) hangi durumlarda hak ihlallerinin gerçekleşmiş olacağı konusuna odaklanan (beş bölümden ve otuz iki paragraftan oluşan) Maastricht Kuralları için bkz., *Human Rights Quarterly* 20, (1998), s. 691-705; Bertrand G. Ramcharan, s. 553-562 ve Victor Dankwa – Cees Flinterman And Scott Leckie, s. 705-730.

⁷⁵ Limburg Prensipleri, Paragraf: 1 ve 3; Maastricht Kuralları, Paragraf: 4.

⁷⁶ Limburg Prensipleri, Paragraf: 8 ve 22.

⁷⁷ Limburg Prensipleri, Paragraf: 16. ESKH Komitesine göre, ESKH Sözleşmesi, mevcut kaynakların yetersizliği sonucu oluşan zorlukları kabullenmektedir; fakat Sözleşme, taraf devletler üzerinde **derhal etki doğuran yükümlülükler** de getirmektedir. Bunlardan birincisi, hakların ayırım gözetilmeksizin gerçekleştirilmesini güvence altına alma (paragraf: 1) iken; ikincisi, hakların gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bu tedbirler, Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra gerçekleştirilmelidir; ve bu tedbirler, üzerinde dikkatlice düşünülmüş ve planlı olmalı, somut olmalı ve Sözleşmedeki yükümlülükleri mümkün olduğunca açıkça ve tam olarak gerçekleştirme hedefine yönelik olmalıdır (Paragraf: 2); ayrıca ulusal hukuk sisteminde hak arama yollarının kurgulanabilmesi de dikkate alınmalıdır (Paragraf:5). ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

⁷⁸ Limburg Prensipleri, Paragraf: 14, 37-38 ve 42.

⁷⁹ Limburg Prensipleri, Paragraf: 19; Maastricht Kuralları, Paragraf: 16 ve 22.

geciktirme şeklinde anlaşılamayacağına dikkat çekilen Limburg Prensipleri'nde, taraf devletlerin, mümkün olan en hızlı bir şekilde harekete geçmeleri gereğine vurgu yapılmaktadır⁸⁰.

İnsan haklarının tedrici olarak yerine getirilebilecek olması şeklinde ifade edilen özellik, taraf devletin kaynaklarından bağımsız bir konudur ve kaynakların mümkün olan en etkili bir şekilde kullanılması anlamına gelmektedir⁸¹. İnsan haklarının tam olarak uygulanabilmesi için gerekli olan devlet kaynakları, sadece ulusal zenginliği değil; aynı zamanda, uluslar arası toplum ile işbirliğinden elde edilecek olan kaynakları da içerir bir şekilde kavranmaktadır⁸². Hem Limburg Prensipleri'nde, hem de Maastricht Kuralları'nda, ESKH Sözleşmesi'nde belirtilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hangi durumlarda ihlal edilmiş olacağına da açıklık getirilmiştir⁸³. Öte yandan, taraf devletin, ekonomik,

⁸⁰ Limburg Prensipleri, Paragraf: 21. ESKH Komitesine göre, **tedrici olarak gerçekleştirme kavramı**, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kısa sürede gerçekleşmeyeceğinin göstergesidir; fakat tedrici olarak gerçekleştirme, Sözleşmenin anlamını değiştirecek şekilde yorumlanmamalıdır, Sözleşme, amaca ulaşmak için **mümkün olduğu kadar hızlı ve etkili olarak** harekete geçmeyi öngörmektedir (paragraf: 9). Kaynak sıkıntısı çekilen hallerde dahi, taraf devletin, hakları gerçekleştirme yükümlülüğü devam etmektedir (paragraf: 11). ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

⁸¹ Limburg Prensipleri, Paragraf: 23 ve 25.

⁸² Limburg Prensipleri, Paragraf: 26 ve 29.

⁸³ ESKH Sözleşmesi'ndeki ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, şu durumlarda ihlal edilmiş olacaktır: Taraf devletin, Sözleşme'de belirtilen adımları atmayı aksatması; taraf devletin, bir hakkın derhal uygulanmasını engelleyen problemleri ortadan kaldırmayı aksatması; Sözleşme'nin, derhal uygulanması gerekir diye belirttiği bir hakkı, taraf devletin, gecikmeksizin uygulamasında başarısız oluşu; taraf devletin, kaynak gücünün yeterli olmasına rağmen, genel olarak kabul edilmiş olan asgari minimum standartlara ulaşmada, bilinçli olarak, başarısız oluşu; Sözleşme'de belirtilmiş olan ölçütün dışında başka bir sınırlandırma ölçütü kullanılması; taraf devletin, Sözleşme'de izin verilmiş bir sınırlandırma olmaksızın, bir hakkın tedrici gerçekleştirilmesini, bilinçli bir şekilde geciktirmesi veya durdurması; taraf devletin, Sözleşme'de izin verilmiş bir sınırlandırma olmaksızın, bir hakkın tedrici gerçekleştirilmesini, kaynak yok diye ya da mücbir sebep olmaksızın geciktirmesi veya durdurması; taraf devletin, Sözleşme'de belirtilmiş olan rapor sunma yükümlülüğünü yerine getirmeyi aksatması; bireylerin, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlandırılmasında, taraf devletin (ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer düşünce, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer bir statü bakımından) her hangi bir ayrımcılık politikası gütmesi ya da eşitlik ilkesine önem vermemesi. Bu

sosyal ve kültürel haklar alanındaki “**minimum çekirdek yükümlülüğünü**”⁸⁴ yerine getirirken, zaten kaynakları dikkate alınmayacaktır⁸⁵. Bir başka söyleyişle taraf devlet, kaynak kıtlığını dayanak göstererek, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki minimum çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır.

Aslında, liberal teorinin medeni ve siyasal haklara daha fazla önem vermesi ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakları arka planı atması ya da ikincil nitelikte görmesi, her iki hak kategorisi arasında ideoloji kaynaklı hiyerarşi sorununu ortaya çıkarmıştır⁸⁶. Doğu ile Batı arasındaki ideolojik çekişmeden kaynaklanan anılan ayırmda Sovyetler Birliği, sosyalist toplum için ekonomik, sosyal ve kültürel hakların şampiyonluğunu yapmış; Batılı devletler ise hür bir dünyada özgürlüğün ve demokrasinin temelidirler diye, medeni ve siyasal haklara öncelik tanımışlardır⁸⁷. Uzun erimli ve ideolojik kaynaklı bir tartışma konusu olan her iki hak kategorisi (ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile medeni ve siyasal haklar) arasındaki hiyerarşi veya öncelik sorunu, 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansı’nda, BM Örgütü tarafından ortadan kaldırılmış ve bu ikili yaklaşım “bölücü/ayrılık yaratıcı” olarak nitelendirilerek;

konuda bkz., Limburg Prensipleri, Paragraf: 72; Maastricht Kuralları, Paragraf: 5, 11, 14-15.

⁸⁴ Taraf devletlerin, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi konusunda minimum yükümlülükleri vardır. Eğer Sözleşme, böyle minimum bir yükümlülük getiren şekilde yorumlanmasaydı, amacını geniş ölçüde yitirmiş olurdu. Bu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi değerlendirilirken, ülkedeki sınırlı kaynakların yetersizliği de dikkate alınmalıdır ve kaynaklar maksimum ölçüde kullanılmalıdır. Taraf devletin minimum yükümlülükleri için, elindeki tüm kaynakları kullanması gerekir (Paragraf: 10). Örneğin ülkesinde temel gıdadan yoksun olan, temel sağlık hizmetlerinden yoksun olan, temel barınmadan yoksun ve evsiz olan ve temel eğitimden yararlanamayan önemli sayıda birey varsa, devlet, Sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getiremiyor demektir (Paragraf: 10). Kaynak sıkıntısı çekilen hallerde dahi, devletin, hakları gerçekleştirme yükümlülüğü devam etmektedir (Paragraf: 11). ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu için bkz., E/1991/23.

⁸⁵ Maastricht Kuralları, Paragraf: 9-10.

⁸⁶ Prudence E. Taylor, s. 319-320; Matthew C. R. Craven, s. 9.

⁸⁷ Matthew C. R. Craven, s. 9.

insan hakları “eşit önemde” ve “**derhal/acilen uygulanmaları gereken özelliktedir**” denilerek⁸⁸ arka plana atılmıştır.

Medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ayrımın ciddi bir şekilde yanıltıcı ve insan haklarının ihlali anlamına geldiğini belirten Donnelly de, günümüzde, zaten böyle bir ayrımın olmadığına vurgu yapmaktadır⁸⁹. Donnelly’yi izleyerek ifade edersek, bütün insan hakları, hem pozitif ve hem de negatif edimi gerektirdiğinden, artık bu ayrımın aşılması, geçmişteki siyasal çekişmelerin yükünden kurtulmaya da yardımcı olacaktır⁹⁰. Donnelly, devamla, artık günümüzde insan haklarının korunması konusuna ve hak ihlalleri ile ilgili mekanizma ve süreçlere dikkat edilmesinin daha önemli ve isabetli olduğuna işaret etmektedir⁹¹.

III-EKONOMİK SOSYAL VE KÜLTÜREL BİR HAK OLARAK “SAĞLIK HAKKI”

Evrensel (ve de doğum ile kazanılmış) bir hak olarak⁹² kabul edilmekte olan sağlık hakkı, aynı zamanda, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisi dâhilinde mütalaa edilmektedir⁹³. Sağlık hakkının ifade

⁸⁸ Prudence E. Taylor, s. 319-322. İnsan hakları eşit önemdedir ve bu eşitlik, 1968 tarihli Tahran Bildirisi’nde de ifade edilmiştir. Bkz., Victor Dankwa – Cees Flinterman And Scott Leckie, s. 706 ve 713.

⁸⁹ Jack Donnelly, s. 38, 40 ve 47.

⁹⁰ Jack Donnelly, s. 43 ve 47. İnsan haklarının, hepsinin, hem negatif hem de pozitif yönlerinin birlikte olabileceği noktasında bkz., Françoise Tulken, “In General, European Convention on Human Rights and Implementation”, *50. Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslar arası Sempozyum*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara, s. 3-10 özellikle 4-5 ve 14-16; Elisabet Fura, “Implementation of European Court of Human Right Violence in the Family”, *50. Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslar arası Sempozyum*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara, s. 65-72 özellikle 65.

⁹¹ Jack Donnelly, s. 47.

⁹² Sjeff Gevers, “The Right to Health Care”, *European Journal of Health Law* 11, 2004, s. 29; Alicia Ely Yamin, “The Right to Health Under International Law And Its Relevance to the United States”, *American Journal of Public Health*, Vol: 95, No: 7, July-2005, s.1157.

⁹³ Aart Hendriks, 1998, s. 392; Amanda Littell, s. 293.

edilmesinde, yani adlandırılmasında pek çok kavram önerilmekteyse de, yaygınlıkla benimsenen ve kullanılan terim “sağlık hakkı” şeklindedir⁹⁴.

Son zamanlarda önemi ve popülerliği ciddi manada artan⁹⁵ bir hak olarak sağlık hakkı, uluslar arası alanda 1940’lı yıllardan itibaren düzenlenmeye başlanmıştır. BM’ye bağlı olarak çalışan ve sağlık alanında bir uzmanlık kuruluşu olan Dünya Sağlık Örgütü’nün (DSÖ/WHO) Anayasası⁹⁶’nda, sağlık hakkı, açık bir şekilde tanımlanmıştır⁹⁷. Sözü edilen ve sağlık hakkına ilişkin olan tanım, “sağlık hakkı, sadece ‘hastalıkların yokluğu’ ya da ‘bedence veya zihince zayıflık/dermansızlık (sakatlık)’ gibi durumların olmaması anlamına gelmez; bunların yanı sıra, ‘tam bir fiziksel, ruhsal ve sosyal iyilik hali’ anlamına gelir” şeklinde belirginleştirilmiştir (DSÖ’nün Anayasası, Başlangıç kısmı). “En yüksek düzeyde ulaşılabilir olan sağlık

⁹⁴ Günümüzde, yaygınlıkla, “sağlık hakkı” şeklinde ifade edilmekte olan kavram; “sağlığın korunması hakkı”, “tıbbi bakım hakkı”, “sağlık bakımı hakkı” ve “sağlığı koruyucu olan koşullar” şeklinde de anılmaktadır. Bu konuda bkz., Aart Hendriks, 1998, s. 390; Brigit Toebes, “Towards An Improved Understanding of the International Human Right to Health”, *Human Rights Quarterly* 21, (1999), s. 662-663; Eleanor D. Kinney, “The International Human Right to Health What does This Mean for Our Nation and World?”, *Indiana Law Review*, 2001, s. 1457.

⁹⁵ Son yıllarda, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanınması konusundaki yaklaşım ve sağlık hakkı ile öteki haklar arasında ilişki kuran bakış açısı, insan hakları hukukunda, sağlık hakkını popüler yapmıştır. Bu konuda bkz., Sjef Gevers, s. 30; Peter Battlett – Oliver Lewis and Oliver Thorold, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Printed in Nederland, 2007, s. 112.

⁹⁶ 19 Haziran - 22 Temmuz tarihleri arasında, 1946’da, New York’da yapılan “Uluslar arası Sağlık Konferansı”nda kabul edilen, 22 Temmuz 1946’da 61 devlet temsilcisi tarafından imzalanan ve 7 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren “Dünya Sağlık Örgütü’nün Anayasası” (The Constitution of World Health Organization) için Dünya Sağlık Örgütü’nün resmi internet sitesine bakılabilir.

⁹⁷ Eleanor D. Kinney, s. 1460; Amanda Littell, s. 289 ve 298; Steven R. Keener – Javier Vasquez, s. 598-599; Alicia Ely Yamin, s. 1156-1157; Jacques Fomerand, *Historical Dictionary of the United Nations*, The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK, 2007, s. 399; Aart Hendriks, 1998, s. 389; Robert F. Gorman – Edwards S. Mihalkanin, *Historical Dictionary of Human Rights and Humanitarian Organisations*, The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK, 2007, s. 116; Brigit Toebes, s. 663 ve “Fact Sheet – The Right to Health Joint Fact Sheet, WHO/OHCHR/233August 2007” için bkz., www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/en/print.html (Erişim Tarihi: 18.02.2010).

standardından yararlanmanın”, her insanın temel bir hakkı olduğunun belirtildiği DSÖ Anayasası’nda (Başlangıç kısmı), sağlık hakkından yararlanmada, “ırk, din, siyasal düşünce, ekonomik durum ve sosyal durum” gibi açılardan, bireyler arasında herhangi bir ayrımcılığın yapılması da yasaklanmıştır. Dolayısıyla, devletin, mevcut sağlık olanaklarını bireylere sunarken kişilerin ırkından dolayı, dininden dolayı, siyasal düşüncesinden dolayı ya da ekonomik ve sosyal durumundan dolayı ayrımcılık yapması ve sağlık hizmetlerini bazı kişiler için sunmaktan kaçınması veya kötü sunması, sağlık hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bu noktada, tıbbi bakım hizmeti sunmakta olan görevlilerin de, devlet tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi ve sağlık hakkının hiçbir ayırım yapılmadan sunulmasının temin edilmesini sağlaması gerekmektedir. Barışın ve güvenliğin sürdürülmesinde bütün insanların sağlığına dikkat çekildikten sonra, sağlık hakkının gerçekleştirilebilmesi için bireylerin ve devletlerin tam bir işbirliği içinde olmaları gereğine ve tıp olanaklarının herkes için yaygınlaştırılmasının sağlığın tam olarak gerçekleştirilmesi bakımından önemli olduğuna atıf yapılan DSÖ’nün Anayasası’nda (Başlangıç kısmı), ek olarak, devletlerin sağlık konusunda kendi halkı ile ilgili olarak, sağlık hakkının tam olarak yerine getirilmesi noktasında yükümlülüklerinin olduğunun da altı çizilmiştir.

Bazı Sözleşmelerde spesifik olarak “korunmasız gruplar” (kadınlar, çocuklar, ırksal azınlıklar, mahkumlar, göçmen işçiler ve yerli halklar) için ifade edilmiş olan⁹⁸ sağlık hakkı, bireylerin ve grupların maddi durumları ile ilgili olduğundan, devletlere ödevler yüklemektedir⁹⁹.

⁹⁸ Sağlığı, özel bazı kişi grupları (korunmasız gruplar) için vurgulayan Sözleşmeler de vardır: Kadınlar (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, madde 12); çocuklar (Çocuk Hakları Sözleşmesi, madde 24); ırksal azınlıklar (Rak Ayrımcılığının Her Türünün Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi, madde 5); mahkumlar (Mahpusların İslahı İçin Minimum Kurallar, madde 9); göçmen işçiler (Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Ailelerinin Üyelerinin Haklarının Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme, madde 28) ve yerli halklar (Bağımsız Ülkelerdeki Yerli ve Kabile Halkları Hakkında Sözleşmesi, madde 25). Bu konuda bkz., Brigit Toebes, s. 664, Dipnot: 10-15.

⁹⁹ Aart Hendriks, 1998, s. 391; Eleanor D. Kinney, s. 1457; Alicia Ely Yamin, s. 1157 ve Timothy Goodman, “Is There A Right to Health?”, *Journal of Medicine and Philosophy* 30, 2005, s. 652.

Ulusalüstü insan hakları hukukunun, devletlere (insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarının gereğini yerine getirmek olmak üzere ifade edilmekte olan) üç tip yükümlülük yüklediğini dikkate aldığımızda, söz konusu bu yükümlülüklerin tamamı, sağlık hakkı için de aynen geçerlidir¹⁰⁰. Bu yüzden, devletlerin, sağlık hakkına yönelik olan ihlallerden kaçınması, sağlık sisteminde sistematik ayrımcılık yapmaması, sağlık hakkının ihlaline yönelik olan ve üçüncü taraflardan kaynaklanan müdahaleleri önlemesi, temel sağlık olanaklarına ulaşmanın yanı sıra, etkili önlemler yoluyla sağlık hakkı ile ilgili olarak evrensel sağlık hizmetlerinin gereklerini yerine getirmesi yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla, devletlerin, sağlık hakkının uygulamadaki yerine getirilişi konusunda serbest bırakılması, anılan hakkın içeriğinin ciddi bir şekilde boşaltılması anlamına gelebilecek uygulamalara yol açacaktır¹⁰¹.

Sağlık hakkı, öteki bazı haklarla birlikte düşünülmekte ve yorumlanmakta olduğundan, insan haklarının tamamının birbirlerini hem karşılıklı, hem de olumlu yönde etkiledikleri ve geliştirdikleri düşünülmektedir¹⁰². Sağlık hakkı; çevrenin korunması, yaşam hakkı, ailenin korunması hakkı, özel yaşam hakkı, kültürel haklar, mülkiyet hakkı, elverişli yaşama standartlarına hak, ayrımcılık yasağı, konut hakkı, beslenme hakkı, doğal kaynaklardan ve zenginliklerden faydalanma hakkı, işkence yasağı, çalışma hakkı ve su hakkı ile birlikte yorumlanmaktadır. Sağlığı olmayan insanların öteki hakları kullanamayacağı; sağlığın ön koşulunun temiz çevre, temiz hava, temiz/içilebilir su, temiz toprak, vs. olduğu; kirliliğin sağlığı tahrip

¹⁰⁰ Alicia Ely Yamin, s. 1157 ve Lance Gable, s. 535.

¹⁰¹ Eleanor D. Kinney, s. 1471.

¹⁰² Dinah Shelton, "Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?", *Denver Journal of International Law and Policy*, Winter-2006, s. 131, 151 ve 171; Jennifer Cassel, "Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Fall-2007, s. 105; Sumudu Atapattu, s. 69 ve 96; Dinah Shelton, "International Decisions: Decision Regarding Communication 155/96", *American Journal of International Law*, October-2002, s. 937; Sjef Gevers, s. 30; Andrew Clapham, s. 119; Alicia Ely Yamin, s. 1157; Dinah Shelton, 2006, s. 131 ve 152 ve Lance Gable, s. 535.

edeceği ve dolayısıyla da bütün insan haklarının yok olacağı gerçeğinden hareketle, insan hakları hukuku ve sağlık hakkının birbirini beslediği gerçeğine ulaşılmaktadır¹⁰³.

A-Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Özgü Temel Belgelerde Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, tarihsel olarak, II. Dünya Savaşı sonrası evrede hazırlanmış olan insan hakları belgelerinde¹⁰⁴ düzenlenmeye başlamıştır. Sözü edilen dönem, aynı zamanda, insan haklarının uluslararası düzlemde kurumsallaşmaya başladığı evre anlamına da gelmektedir.

İçerik olarak sağlık hakkı konusunda bir düzenlemeye sahip olan insan hakları belgelerinde, sözü edilen hak kategorisi; “**sağlığın korunması hakkı**” (Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, ASŞ, GGASS), “**tıbbi bakım hakkı**” (Evrensel İnsan Hakları Bildirisi), “**tıbbi yardım hakkı**” (ASŞ, GGASS), “**fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı**” (ESKH Sözleşmesi), “**bedensel ve ruhsal sağlık hakkı**” (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü) ve “**sağlık hakkı**”¹⁰⁵ (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü) şeklinde kavramlaştırılmaktadır.

¹⁰³ Dinah Shelton, 2006, s. 171.

¹⁰⁴ Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanmış olan 2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi’nde (11. madde); BM tarafından hazırlanmış olan 10 Aralık 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nde (25. madde); Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olan ve 1961 tarihinde imzaya açılıp 1965 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı’nda 11. ve 13. maddeler); BM tarafından hazırlanmış olan ve 1966 tarihinde imzaya açılıp 1976 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde (12. madde); Afrika Birliği tarafından hazırlanmış olan ve 1981 tarihinde imzaya açılıp 1986 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nda (16. madde); Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanmış olan ve 1988 tarihinde imzaya açılıp 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü’nde (10. madde) ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olan ve 1996 tarihinde imzaya açılıp 1999 tarihinde yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda (11. ve 13. maddeler) sağlık hakkı konusunda düzenlemeler vardır.

¹⁰⁵ AmeİHS’nin Ek Protokolü (10. madde), sağlık hakkını; “bedensel iyilik”, “akli iyilik” ve “sosyal iyilik” olmak üzere üç farklı anlamda benimsemektedir.

Sağlık hakkının öznesi, insan hakları belgelerine göre; **“her kişi”** (Ame.İHÖB), **“herkes”** (EİHB, ESKH Sözleşmesi, Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“yeterli kaynağı olmayan kişi”** (ASŞ, GGASŞ), **“sosyal güvencesi olmayan kişi”** (ASŞ, GGASŞ), **“her birey”** (Af. İHH Şartı), **“halk”** (Af. İHH Şartı, Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“tüm bireyler”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“aileler”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“devletin yargı yetkisine tabi tüm bireyler”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“yüksek risk grupları”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“yoksullar”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü) ve **“çocuk”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü) olarak ifade edilmektedir.

Sağlık hakkı konusunda, insan hakları belgelerinde, taraf devletlere yönelik “ödevler” ise, şu şekilde sıralanmaktadır: **“Sağlığı bozabilecek nedenleri ortadan kaldırmak”** (ASŞ, GGASŞ), **“sağlıklı olmayı geliştirmek”** (ASŞ, GGASŞ), **“sağlık konusunda kişisel sorumluluğu teşvik etmek için danışma ve eğitim olanağı sunmak”** (ASŞ, GGASŞ), **“sağlık konusunu kamunun iyiliğine dair bir mesele olarak tanımak”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“tüm bireylerin ve ailelerin temel sağlığı için ön sağlık bakımı olanakları sağlamak”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“kendi yargı yetkisine tâbi tüm bireylere sağlık hizmeti sağlamak”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“sağlık sorunlarının önlenmesi ve tedavi edilmesi için halkı eğitmek”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü), **“yüksek risk grupları ile yoksulların sağlık ihtiyaçlarını karşılamak”** (Ame.İH Sözleşmesi’nin Ek Protokolü) ve **“kazalar ortaya çıkmasını diye önlem almak”** (GGASŞ).

Sağlık hakkının yerine getirilmesinde “ön şart” olarak ileri sürülen “kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde” (Ame.İHÖB) yönündeki düzenleme, öteki insan hakları belgelerinde yer verilmemiş oluşu ile de “tek, özel ve tarihi” bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani, ulusalüstü insan hakları hukuku, spesifik olarak sağlık hakkının düzenlendiği madde metinlerinde, kamu otoritesinin sağlık konusundaki görevlerini yerine getirirken **“kaynak yetersizliği”** veya **“kaynak**

yokluğu” gibi gerekçelerini haklılaştıran normatif bir eğilime sahip değildir.

Öte yandan, ESKH Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumu¹⁰⁶ ile BM İH Komitesinin 6 Numaralı Genel Yorumunun¹⁰⁷ da sağlık hakkı ile ilgili olduğunun hatırlatılmasında yarar vardır.

B- BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumuna Göre Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, ESKH Komitesine göre (pek çok hak da dahil olmak üzere) uygun tıbbi bakım ve tedaviye sadece vaktinde ulaşmak demek değil; aynı zamanda, güvenli ve içilebilir suya ulaşma hakkı, yeterli sağlık korumaya/hıfzıssıhhaya hak, güvenilir besinin yeterli derecede sunulması hakkı, beslenme ve barınma (konut) hakkı, sağlıklı çalışma/iş koşulları, sağlıklı çevre koşulları, sağlıkla ilgili eğitime ve bilgiye ulaşma hakkı, cinsel sağlık hakkı ve üreme sağlığı haklarını da içerir bir şekilde tanımlanmaktadır¹⁰⁸. Ve daha da önemlisi, sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için toplumun, hem ulusal, hem de uluslar arası

¹⁰⁶ Eleanor D. Kinney, s. 1467-1470; “Fact Sheet – The Right to Health Joint Fact Sheet, WHO/OHCHR/233August 2007” için bkz., www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/en/print.html (Erişim Tarihi: 18.02.2010); Alicia Ely Yamin, s. 1157; Steven R. Keener – Javier Vasquez, s. 605; Dinah Shelton, 2006, s. 144 ve Andrew Clapham, s. 129-130. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1989’da aldığı bir kararla, ESKH Sözleşmesi’nin çeşitli hükümlerini ve Taraf Devletlerin rapor sunma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi konularında “genel yorum” başlıklı kararlar üretmek üzere kendisini yetkilendirmiştir. Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, 2007, s. 510. ESKH Komitesinin 25 Nisan – 12 Mayıs 2000 tarihleri arasında Cenevre’deki 22. oturumunda hazırlamış olduğu ve spesifik olarak sağlık hakkına ilişkin olan 14 Numaralı Genel Yorum için bkz., E/C.12/2000/4, 11 Ağustos 2000.

¹⁰⁷ Amanda Littell, s. 298. BM İH Komitesi, 1982 tarihli ve yaşam hakkı ile ilgili olan 6 Numaralı Genel Yorumu’nda; yaşam hakkının dar olarak yorumlanamayacağını, yaşam hakkının korunabilmesi için, taraf devletlerin pozitif önlemler alması gerektiğinin altını çizmektedir. BM İH Komitesi, devamlı, yetersiz beslenmenin ve salgın hastalıkların yok edilmesi yolunda önlemler de kabul etmek suretiyle, çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi ve ortalama yaşam süresinin artırılması konusunda, taraf devletlerin, mümkün olan bütün olanaklı önlemleri alması gereğine vurgu yapmaktadır (Paragraf: 5). BM İH Komitesinin 6 Numaralı Genel Yorumu için bkz., HRI/GEN/1/Rev.7.

¹⁰⁸ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 11.

düzlemde sağlıkla ilgili kararların alınması sürecine aktif olarak katılımının, taraf devletlerce sağlanması gerekmektedir¹⁰⁹.

Bütün insan haklarının uygulanabilmesi için vazgeçilmez/zorunlu önemde bir hak olan sağlık hakkı, her insanın, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan” sağlıktan yararlanması konusundaki yetkilerini de içermektedir¹¹⁰. Özgürlükleri ve yetkileri birlikte (kümülatif olarak) içermekte olan sağlık hakkı, sadece “sağlıklı olma hakkı” şeklinde değil; inter alia, işkence yasağı, genel mutabakata dayanmayan tıbbi tedavinin denenmemesi, kişinin sağlığını ve vücudunu kontrol etme hakkı, cinsel özgürlük hakkı, üreme özgürlüğü ve müdahaleden azade olma özgürlüğünü de bünyesinde barındırmaktadır¹¹¹. Bireylerin sağlık hakkı konusunda sahip olduğu yetkiler ise, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan” sağlık seviyesinden yararlanmada eşit olanaklar sunan sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını kapsamaktadır¹¹².

Bütün insan haklarının ayrılmaz bir parçası olan sağlık hakkı, besin hakkı, barınma (konut) hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı, insan onuru, yaşam hakkı, ayrımcılık yapmama, eşitlik, işkence yasağı, özel yaşamın gizliliği, bilgi edinme özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü hakları ile yakından ilişkilidir¹¹³.

ESKH Komitesine göre, “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan sağlık standardından yararlanma” hakkı, bireyin, biyolojik ve sosyo-ekonomik ön koşulları ile devletin ulaşılabilir kaynaklarının her ikisini birden göz önünde tutmaktadır. Sağlık hakkı, nihai olarak, “bir kısım olanaklardan, mallardan ve hizmetlerden yararlanma hakkı” ile “en yüksek düzeyde ulaşılabilir olan sağlık hakkının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan koşullardan faydalanma hakkının tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁴.

¹⁰⁹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 11.

¹¹⁰ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 1.

¹¹¹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 8.

¹¹² 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 8.

¹¹³ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 3.

¹¹⁴ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 9.

Sağlık hakkının, bir taraf devlette tam olarak yerine getirilebilmesi için, mevcut şartlara bağlı olan önemli ve birbiri ile ilişkili dört unsuru vardır. Bunlar, sırasıyla, “**elde edilebilirlik**”¹¹⁵ (availability); “**erişilmesi kolaylık**”¹¹⁶ (accessibility); “**kabul edilebilirlik**”¹¹⁷ (acceptability) ve

¹¹⁵ “Elde edilebilirlik/kullanılabilirlik/mevcudiyet”, kamu sağlığı ve tıbbi bakım olanaklarının, mallarının, hizmetlerinin ve programlarının yeterli nitelikte olarak, taraf devlette elde edilebilir olması anlamında kullanılmaktadır. Bu faktörler, devletin gelişme düzeyi ile de ilişkili olmasına rağmen, şunları da kapsamaktadır: Güvenli ve içilebilir içme suyu, yeterli sağlık koruma olanakları, hastaneler, klinikler, sağlıkla ilgili binalar, iç şartlara ve rekabet koşullarına göre belirlenmiş yeterli ücret alan eğitilmiş tıbbi personel ve DSÖ’nün eylem raporunda belirlenmiş olan temel ilaçlar. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

¹¹⁶ “Erişilmesi kolaylık”, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine, devletin yargı alanındaki herkes bakımından herhangi bir ayrımcılık olmaksızın ulaşılabilmesi anlamına gelmektedir. Erişilmesi kolay olmanın dört unsuru vardır: İlki, ayrımcılık yapmamadır. Hem hukuki olarak, hem de fiilen, özellikle korunmasız veya marjinal gruplar için, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine ayrımcılık yapılmaksızın ulaşılabilmesinin kolaylığı şeklinde anlaşılmalıdır. İkincisi, fiziksel olarak ulaşılabilmesinin kolay olmasıdır. Nüfusun her bölümünün, özellikle korunmasız ya da marjinal gruplar için, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine fiziksel ulaşımın güvenilir olması ile ilgilidir. Korunmasız ve marjinal gruplar derken, kastedilen; etnik azınlıklar, yerli halklar, kadınlar, çocuklar, (13-16 yaş arası) gençler, yaşlılar, engelliler ve HIV/AIDS virüsü taşıyan kişilerdir. Tıbbi hizmetler ve sağlığın unsurları, güvenli ve içilebilir su, yeterli sağlık koruma olanakları, güvenilir fiziksel ulaşılabilirlik içinde olmalı; kırsal/taşra bölgeleri dahil olmak üzere, özürli kişilerin binalara ulaşımının yeterli kolaylıkta olması da gerekmektedir. Üçüncüsü, ekonomik olarak ulaşılabilmenin kolay olmasıdır. Sağlık olanakları, malları ve hizmetleri, herkes için, “ödenebilir” olmalıdır. Sosyal olarak, dezavantajlı olan gruplar da dâhil olmak üzere, tıbbi bakım hizmetleri için ödeme koşullarının (hizmeti özel veya kamu kesiminin sunması fark etmeksizin) eşitlik ilkesi üzerine oluşturulmuş ve herkes için ödenebilir olması gerekir. Eşitlik derken kastedilen, fakirlerin, zenginler ile karşılaştırıldığında, sağlık harcamaları konusunda orantısız bir yük altına sokulmamasıdır. Dördüncüsü, bilgiye ulaşımın kolay olmasıdır. Kişisel sağlık bilgilerinin açıklanmasını içermeyen bilgiye ulaşımın kolay olması unsuru; sağlık ile ilgili bilgi ve düşüncelerin araştırılabilmesini ve edinilebilmesini içermektedir. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

¹¹⁷ “Kabul edilebilirlik”, bütün sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin tıp etiğine saygılı ve kültürel olarak uygun olmasını ifade etmektedir. Yani, sağlık hizmeti, hem cinsiyete duyarlı olmalı, hem de bireysel kültüre, azınlıkların, halkların ve toplulukların kültürüne ve yaşam döngüsü gerekliliklerine saygılı olmalıdır. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

“**kalitelilik**”¹¹⁸ (quality) şeklindedir. Özüne indirildiğinde, bir taraf devlette sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için, sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin, öncelikle mevcut olması, sonra bunlara erişimin kolay olması, kabul edilebilir nitelikte olması ve nihayet kaliteli olması gerekmektedir. Tersinden ifade edersek, ilkin, bir taraf devlette sağlık olanakları, malları ve hizmetleri mevcut değil ise (yani, içme suyu, hastaneler, klinikler, tıbbi personel ve temel ilaçlar yok ise), o devlet, sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır. İkinci olarak, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine erişilmesi kolay değil ise (yani, o taraf devlette sağlık konusunda ayrımcılık yapılmıyorsa, kırsal kesimlerde yaşayanlar ve özürli kişiler sağlık hizmetlerine ulaşamıyorsa) sağlık hakkı yine ihlal edilmiş olacaktır. Üçüncü olarak, bir devlette, sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kabul edilebilir nitelikte değil ise (yani, sağlık konusunda cinsiyete duyarlı yaklaşım benimsenmemiş ise, sağlık hizmeti kültürel olarak uygun değilse ve tıp etiğine saygılı değilse) sağlık hakkının gerekleri yerine getirilmiyor demektir. Nihayet, bir taraf devlette sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kaliteli değil ise (yani, bilimsel ve tıbbi değil ise, uzman tıp personeli yoksa, bilimsel olarak uygun ve kullanım süresi dolmamış ilaçlar ve hastane cihazları yoksa, içilebilir su yoksa), yine, sağlık hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

ESKH Sözleşmesi, sağlık hakkının tedrici olarak yerine getirilmesini ve kaynakların sınırlı oluşundan kaynaklanan zorlukları kabul etmekteyse de, sözü edilen durum, taraf devletlerin, sağlık hakkı ile ilgili olarak “**derhal/ivedi**” yerine getirmesi gereken çeşitli yükümlülükleri ortadan kaldırmamaktadır¹¹⁹. Aslında, sağlık hakkının, taraf devletlerce tedrici olarak yerine getirilmesi yükümlülüğü, “mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir şekilde hareket etme özel ve sürekli yükümlülüğü” altında

¹¹⁸ Sağlık hizmetinin kaliteli olması, bilimsel ve tıbbi içerikte olmasını ifade etmektedir. Yani, sağlık hizmeti, iyi bir kalitede ve nitelikte olmalıdır. Becerikli tıp personeli, bilimsel olarak uygun ve kullanım süresi dolmamış ilaçlar ve hastane cihazları, güvenilir ve içilebilir su ve yeterli sağlık koruma da, sağlık hizmetlerinin kaliteli olması gereği ile ilişkilidir. Bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 12.

¹¹⁹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 30.

olduklarını içeren bir zorunluluktur¹²⁰. Sağlık hakkının, tam olarak yerine getirilebilmesi için, taraf devletlerce, “derhal/ivedi” yerine getirilmesi gereken yükümlülükler; “sağlık hakkının herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını garanti altına almak” ve “ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesinde belirtilmiş olan ve sağlık hakkı ile ilgili olan hükümleri¹²¹ tam olarak gerçekleştirebilmek için adım atma yükümlülüğü” anlamına gelmektedir¹²². Sözü edilen adımların, herkes tarafından müzakere edilerek alınmış kararlar olması, somut olarak ve sağlık hakkının tam olarak yerine getirilmesi saikiyle atılmış adımlar olmaları da gerekmektedir¹²³.

ESKH Komitesi tarafından hazırlanmış olan 14 Numaralı Genel Yorum’un dört paragrafı (34, 35, 36 ve 37. paragraflar) “**özel yasal yükümlülükler**”; dört paragrafı da (30, 31, 32 ve 33. paragraflar) “**genel yasal yükümlülükler**” başlığı ile kaleme alınmıştır.

Aslında, bütün öteki insan hakları için söz konusu olduğu gibi, sağlık hakkının da, taraf devlete, genel olarak (insan haklarına) “saygı göstermek”, (insan haklarını) “korumak” ve (insan haklarının) “gereğini yerine getirmek” olmak üzere üç tip yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir¹²⁴. İnsan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü, devletlerin, sağlık hakkından yararlanılması konusunda, doğrudan ve dolaylı olarak ihlal niteliğindeki müdahalelerden kaçınması anlamına gelmektedir¹²⁵. İnsan haklarını koruma yükümlülüğü, ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesinde belirtilen hakların, bireylerin, üçüncü

¹²⁰ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 31.

¹²¹ ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesinde; “ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkı; ölü doğum oranının ve çocuk ölümlerinin düşürülmesi; çocuğun sağlıklı gelişmesinin sağlanması; çevresel ve sınıai sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi; salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması; hastalık durumunda bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması” gibi hükümler bulunmaktadır.

¹²² 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 30.

¹²³ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 30.

¹²⁴ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

¹²⁵ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

tarafların ihlal niteliğindeki müdahalelerinden korunması için, taraf devletlerin önlem alması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. İnsan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, taraf devletlerin sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için yasal, idari, mali/bütçesel, yargısal, geliştirici ve diğer uygun önlemleri alması şeklinde kavranmaktadır¹²⁷.

Sağlık hakkı konusunda taraf devletlerin “özel yasal yükümlülükleri” ise, sırasıyla şöyle ifade edilebilir: Taraf devletler, sağlık hakkı ile ilgili hizmetlere bütün kişilerin (mahkûmlar, tutuklular, azınlıklar, mülteciler ve hukuk dışı göçmenler de dâhil olmak üzere) eşit ulaşımını engelleyen ve sınırlayan girişimlerden kaçınmalıdırlar; devlet politikası olarak ayrımcılık yapmamalıdırlar; geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerini engellememelidirler; ayrıca taraf devletler, havanın, suyun, toprağın ve benzerlerinin hukuk dışı kirletilmesinden de kaçınmalıdırlar¹²⁸. En önemlisi, altı çizilerek belirtilmelidir ki, devletler, önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası düzenlemezlerse, sağlık hakkını ihlal etmiş olacaklardır. Bu yüzden, insan haklarının korunması ve gereğinin yapılması için adım atma iradesi yönünde isteği olan devletlerin, önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşı temin etmesi, aşı stoklaması ve hastalıkların yayılmasını önlemesi, sağlık hakkı ile ilişkili önemli bir yükümlülüktür.

14 Numaralı Genel Yorum’da, taraf devletlerin, sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için uluslar arası yardım ve işbirliğine başvurma yükümlülüğüne dikkat çekildikten¹²⁹ sonra; tıbbi bakım

¹²⁶ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

¹²⁷ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 33.

¹²⁸ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 34. ESKH Komitesi, öte yandan, şu yükümlülüklerin de, “önceliğine” inanmaktadır: “Taraf devletlerin, üremeyi temin etmeleri, annelik (doğum öncesi ve doğum sonrası) ve çocuk sağlığı bakımını temin etmeleri; toplumda oluşan **önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası** düzenlemeleri; hastalıkları önlemek, tedavi etmek ve kontrol etmek için önlem almaları; toplumdaki temel sağlık problemleri ve onları önlemek ve kontrol etmek hakkında eğitim ve bilgiye ulaşma olanağı sağlamaları; sağlık ve insan hakları konusundaki eğitim de dâhil olmak üzere sağlık personeli için uygun eğitim temin etmeleri.” Bu konuda bkz., 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 44.

¹²⁹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 38.

konusunda “**minimum çekirdek yükümlülükler**” kavramı gündeme taşınmaktadır¹³⁰. ESKH Komitesine göre, taraf devletlerin, sağlık hakkı konusunda “minimum çekirdek yükümlülükleri” vardır ve bu yükümlülükler, şu şekilde sıralanmaktadır: Taraf devletlerin, özellikle korunmasız ve marjinal gruplar da dikkate alınmak suretiyle, ayrımcılık yapmama temelinde, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine ulaşma hakkını temin etme yükümlülüğü; besin olarak yeterli ve güvenli minimum temel gıdaya ulaşmayı temin etme yükümlülüğü; herkesin açıktan kurulma özgürlüğünü temin etme yükümlülüğü; temel barınmaya, sağlık koruma hizmetlerine, güvenilir ve içilebilir suya ulaşmayı temin etme yükümlülüğü; DSÖ tarafından belirlenmiş olan hayati ilaçları sağlama yükümlülüğü; bütün sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin eşit dağıtımını temin etme yükümlülüğü; katılımcı ve şeffaf bir prosedür izlenerek hazırlanmış olan ve periyodik olarak gözden geçirilen “ulusal kamu sağlığı stratejisi ve eylem planı” kabul etme ve uygulama yükümlülüğü; sağlık hakkı konusundaki gelişmeleri izleme amaçlı “göstergeler” belirleme yükümlülüğü ve korunmasız ve marjinal gruplara özel bir önem atfetme yükümlülüğü¹³¹.

ESKH Komitesi, 14 Numaralı Genel Yorumu ile sağlık hakkının hangi durumlarda ihlal edilmiş olacağını da belirlemiştir. ESKH Komitesine göre sağlık hakkı, bazı durumlarda insan haklarına saygı göstermek yükümlülüğü bakımından, bazı durumlarda insan haklarının korunması yükümlülüğü bakımından, bazı durumlarda ise insan haklarının gereğinin yerine getirilmesi yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacağından, taraf devletlerin, ihlal niteliğindeki edimlerden kaçınması gerekmektedir.

Bir taraf devlet, sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için mevcut kaynaklarını “**maksimum ölçüde**” kullanmaz ise, sağlık hakkı (bir başka ifadeyle, ESKH Sözleşmesi’nin 12. maddesi) ihlal edilmiş olacaktır¹³². Bir taraf devlette sağlık olanaklarına, sağlık

¹³⁰ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 43.

¹³¹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 43.

¹³² 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 47.

mallarına ve sağlık hizmetlerine ulaşım mümkün değilse ya da bu olanaklara ulaşmada hukuki veya fiili ayrımcılık yapılmakta ise sağlık hakkı, insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹³³. Taraf devletin, tüketicilerin ve işçilerin sağlığına zararlı pratiklerden korunmasında başarısız olması durumunda¹³⁴ ve **taraf devletin tütün, uyuşturucu ve diğer zararlı maddelerin üretimini, pazarlamasını ve tüketimini engellemede başarısız olması durumunda**, sağlık hakkı, insan haklarını koruma yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹³⁵. Taraf devletin, kadınları şiddete karşı korumada başarısız olması ya da şiddete uğramış olan kadınların dava açabilmelerini kolaylaştırmada başarısız olması durumunda¹³⁶ ve taraf devletin su, hava ve toprak kirliliğini önlemede başarısız olması durumunda, sağlık hakkı yine insan haklarını koruma yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹³⁷. Taraf devletin ulusal sağlık politikası belirlemede ya da kamu kaynaklarının eşit paylaşımında başarısız olması durumunda¹³⁸; devletin, önceden, göstergeler/ölçütler kabul etmek suretiyle, sağlık hakkının ulusal gerçekleştirilme düzeyini izlemede başarısız olması durumunda¹³⁹; devletin, sağlık olanaklarının, sağlık mallarının ve sağlık hizmetlerinin eşit olmayan dağılımını engellemek için önlem almada başarısız olması durumunda¹⁴⁰, taraf devletin, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, “cinsiyete dayalı yaklaşım” kabul etmede başarısız olması durumunda¹⁴¹ ve nihayet devletin, çocuk ve anne ölüm oranlarını düşürmede başarısız olması durumunda sağlık hakkı, insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü bakımından ihlal edilmiş olacaktır¹⁴².

¹³³ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 50.

¹³⁴ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

¹³⁵ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

¹³⁶ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

¹³⁷ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 51.

¹³⁸ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

¹³⁹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

¹⁴⁰ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

¹⁴¹ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

¹⁴² 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 52.

Sağlık hakkı konusunda, hem kamu sektöründe, hem de özel kesim ekseninde önlem alması ve gerekenleri yapması gereken taraf devletin; aynı zamanda, “**hesap verebilirlik**”, “**şeffaflık**” ve “**yargı bağımsızlığı**” üzerine temellenmiş olan “ulusal sağlık stratejisi ve eylem planı” hazırlaması¹⁴³ ve sağlık hakkının gelişim durumunu izlemek için ulusal mekanizmalar kurması¹⁴⁴ da yine, taraf devlete ait bir yükümlülük anlamına gelmektedir.

C-Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Özgü Somut Vak’a İctihatlarında Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı ile bağlantılı pek çok içtihadı bulunan BM İH Komitesine göre; “şikâyetçinin sağlığının ciddi bir biçimde tehdit eden koşullar altında tutulması”¹⁴⁵ MSH Sözleşmesi’nin işkence, zalimane, insanlık-dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı ile ilgili olan 7. ve özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insani biçimde ve her insanın doğuştan sahip olduğu onuruna saygı gösterilerek muamelede bulunulması ile ilgili olan 10. maddesinin ihlalidir; “bir hücredeki mağdurun tıbbi bakım talebinin reddedilmesi”¹⁴⁶ (MSH Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlalidir); “insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek kişilere muamele yapılması yükümlülüğü, alıkonulma sırasında yeterli tıbbi bakımın sunulmasını da içerdiğinden, alıkonulan kişilere sağlıkla ilgili temel olanakların sunulmaması”¹⁴⁷ (MSH Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlalidir); “şikâyetçinin bayılana dek dövülmesinin ve ardından da kırılmış bir kol ve bedeninde oluşmuş diğer yaralanmalara karşın, yaklaşık bir gün, hiçbir tıbbi bakım verilmeksizin bırakılmış olması”¹⁴⁸ (MSH Sözleşmesi’nin 7. ve 10. maddesinin ihlalidir); “başvurucunun, hapishanenin içinde ya da dışında vuku bulan

¹⁴³ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 55.

¹⁴⁴ 14 Numaralı Genel Yorum, Paragraf: 56.

¹⁴⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 261-262.

¹⁴⁶ Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 292.

¹⁴⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 335.

¹⁴⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 346.

kötü muamelenin ardından tıbbi yardımdan yoksun bırakılması”¹⁴⁹ (MSH Sözleşmesi’nin 7. ve 10. maddesinin ihlalidir); başvuruçunun, hekimden birçok randevu almasına karşın, bu muayenelerin gerçekleşmemesi ve ilgili kişinin cilt rahatsızlığının tedavisiz bırakılarak tıbbi tedavi sunulmaması”¹⁵⁰ (MSH Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlalidir) MSH Sözleşmesinin ihlali anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile BM İH Komitesi, tıbbi yardımdan yoksun kalmayı, yaygınlıkla MSH Sözleşmesinin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirilirken; bazı vakalarda, 7. madde ile 10. maddenin birlikte ihlal edilmiş olduğuna işaret etmektedir.

Sağlık hakkına ilişkin içtihatı yaklaşımlara AİHS çerçevesinde Strasbourg Organlarında da şahit olabilmekteyiz¹⁵¹. “Devletin, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin sağlığını koruma yükümlülüğü altında olduğu”; “devletin, gerekli tıbbi yardımı ve tedaviyi sağlama suretiyle mahpusları koruması gereği” gibi yükümlülükler işaret edildikten sonra, “özel nitelik arz eden sağlık durumunun gereklerine uygun olmayan cezaevi koşullarının AİHS’nin 3. maddesinin (aşağılayıcı muamele yasağının) ihlali anlamına geldiğinin tespit edildiği içtihatlar da vardır. Hatta yine Strasbourg Organları, “astım hastası olan ve tutuklu olarak alıkonulan başvuruçunun, kalabalık ve sigara içilen bir hücrede tutulmasının, başvuruçunun sağlık durumu bakımından tehlike arz eden sigara dumanına maruz bırakılmasına devletin kayıtsız kalması anlamını taşıdığı” vurgulanmış; dolayısıyla Strasbourg Organlarına göre, devlet, başvuruçunun sağlığını güvence altına alma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olarak kabul edilmiştir. Dikkat edildiğinde kolaylıkla tespit edilebilecek olan, AİHS sisteminde spesifik olarak sağlık hakkına özgü bir düzenleme yer almadığı için, sağlık hakkı konusundaki ihlallerin Strasbourg Organları tarafından, 3. madde (işkence yasağı) ekseninde değerlendirilmiştir. Anılan ifadenin gösterdiği, ekonomik, sosyal ve

¹⁴⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 380.

¹⁵⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, 2002, s. 423.

¹⁵¹ Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s.245-246; 254 ve 271.

kültürel bir hak olarak sağlık hakkının, doğası gereği dava edilemez nitelikte olduğu yönündeki bakış açısının yanlış olduğudur. AİHS çerçevesinde sağlık hakkına ilişkin açıkça düzenlenmiş bir hüküm olmadığı için, “sağlık hakkı ihlal edilmiştir” diye bir ifade kullanmaktan kaçınan Strasbourg Organları, sağlıkla ilgili ihlalleri, 3. maddedeki işkence yasağı (insanlık dışı muamele yasağı, aşağılayıcı muamele yasağı) ekseninde değerlendirmektedir.

İnter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu (İnter-Ame.İH Komisyonu) da, ürettiği çeşitli içtihatlarında sağlık hakkının ihlal edilmiş olduğunu not etmektedir. Örneğin, 1985 tarihli bir kararında¹⁵² İnter-Ame.İH Komisyonu, Yanomami Yerlilerinin, otoban yapılması amacıyla otantik yaşam alanlarına girilmesi üzerine ortaya çıkan pek çok hastalık (tüberküloz, grip, kızamık ve zührevi hastalıklar gibi) ve ölüm olayları üzerine, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi’nin sağlık hakkına ilişkin olan 11. maddesinin (ve ilgili başka maddelerinin de) ihlal edildiğini belirtmiştir. Bir başka içtihadında İnter-Ame.İH Komisyonu, “şikayetçinin alıkonulma koşulları nedeniyle ülser, böbrek yetmezliği ve ruhsal problemlerinin olduğunu belirttiğini, hakkında tıbbi bakım kararı verilmiş olmasına rağmen isteklerinin yerine getirilmemiş olununun Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. (insanca muamele görme hakkı), 7. (kişi özgürlüğü hakkı) ve 8. (adil yargılanma hakkı) maddelerinin ihlali anlamına geldiğine değinmektedir¹⁵³. İnter-Ame.İH Mahkemesi, Yakye Axa Yerlileri ve Sawhoyamaxa Yerlileri hakkında üretmiş olduğu içtihatlarda¹⁵⁴ da, bahsi geçen yerli kabile üyelerinde “kötü yaşam koşullarından kaynaklanan sağlık bozukluğu, anemi ve yaygın parazit şikayetleri ortaya çıktığını; topluluk üyelerinin bir hastahanesinin ve sağlık merkezinin olmadığını, mevcut hastahanesinin ise

¹⁵² Inter- American Commission on Human Rights, Resolution No: 12/85, Case No: 7615, Brazil, March 5, 1985, Annual Report 1984-1985, Paragraf: 3a.

¹⁵³ Bu konuda bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1994, s. 238-239.

¹⁵⁴ Inter-American Court on Human Rights, Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgement of June 17, 2005, Paragraf: 50.97; 50.98; 167, 221-222 ve 242; Inter-American Court on Human Rights, Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgement of March 29, 2006, Paragraf: 73(72), 73(74) ve 173.

mesafe bakımından uzak olduğunu ve sağlık görevlilerinin de topluluk üyelerini düzenli olarak ziyaret etmediğine” işaret etmektedir. Yine, İnter-Ame.İH Mahkemesine göre, sağlık hakkına verilen zarar, beslenme, temiz su, eğitim, kültürel kimlik gibi öteki insan hakları ile de ilişkilidir. Devletin, topluluk üyelerinin sağlığını koruyabilmesi için yeterli içme suyu, kişisel hijyen, düzenli tıbbi bakım ve uygun ilaçlar temin etme yükümlülüğüne dikkat çeken İnter-Ame.İH Mahkemesi, bahsi geçen vak’alarda, Paraguay’ın, İner.Ame.İH Sözleşmesi’nin 1. (haklara saygı yükümlülüğü), 2. (iç hukuktaki etkiler), 8. (adil yargılanma hakkı), 21. (mülkiyet hakkı), ve 25. (yargısal korunma hakkı) maddelerini ihlal ettiğini düşünmektedir.

Sağlık hakkına ilişkin olan içtihatlarında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu (Af.İHH Komisyonu); devletin, bireylere, temel hizmetleri (güvenilir içme suyu, elektrik, minimum tıp hizmetleri) sağlama konusunda başarısız olmasını, Af. İHH Şartı’nın sağlık hakkına içkin olan (madde 16) hükmünün ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir¹⁵⁵. Af.İHH Komisyonu, yine sağlık hakkı ekseninde olmak üzere, “bazı mahkumların yetersiz yiyecek yüzünden sağlık durumlarının kötüleştiğine, bazı mahkumların ise tıbbi bakım eksikliği yüzünden öldüğüne işaret etmekte; mahkumların battaniyesinin ve yeterli hijyenik koşullarının olmayışını da, sağlık hakkının ihlali olarak kabul etmektedir¹⁵⁶. Nispeten daha yeni tarihli bir içtihadında ise Af.İHH Komisyonu, Nijerya’da, petrol konsorsiyumunun, petrol çıkarma işlemlerinde Ogoni Halkı’nın etrafındaki çevreyi kirletmek suretiyle çevresel tahribata ve sağlık problemlerine yol açtığına değinmektedir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ African Commission on Human and Peoples’ Rights, Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire, Communication No: 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), Paragraf: 47.

¹⁵⁶ African Commission on Human and Peoples’ Rights, Malawi African Association v. Mauritania, Communication No: 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98 (2000), Thirteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 1999-2000, AHG/222 (XXXVI), paragraf: 122.

¹⁵⁷ African Commission on Human and Peoples’ Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Fifteenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 2001-2002, Paragraf: 1.

Af.İHH Komisyonu'na göre, petrol konsorsiyumu, yerel toplulukların sağlığını ve çevresini dikkate almaksızın petrol rezervlerini haksız bir biçimde kullanmakta, toksik atıklarını çevreye boşaltmak suretiyle suyu, toprağı ve havayı kirletmekte; suyun, toprağın ve havanın kirletilmesinin ise kısa ve uzun dönemli olmak üzere çok ciddi sağlık problemlerine (deri enfeksiyonları, mide ve bağırsak rahatsızlıkları, solunum yolu rahatsızlıkları, sinir sistemi problemleri, üreme problemleri ve kanser riskinin artması gibi) yol açmakta olduğuna vurgu yapmaktadır¹⁵⁸. Beslenme hakkının, insan onuru ile ayrılmaz bir bağlantısının olduğuna atıf yapan ve bu yüzden de diğer hakların (sağlık hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı ve siyasal katılma hakkı gibi) hem gerçekleştirilmesinde, hem de onları kullanabilmede hayati bir öneme sahip olduğuna yollama¹⁵⁹ yapan Af.İHH Komisyonu'na göre, bahsi geçen Ogoni Vak'asında, Nijerya devleti, sağlık hakkı ile ilgili olan Af.İHH Şartı'nın 16. maddesini ihlal etmiştir¹⁶⁰.

¹⁵⁸ African Commission on Human and Peoples' Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Paragraf: 2.

¹⁵⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Paragraf: 65.

¹⁶⁰ African Commission on Human and Peoples' Rights, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, Communication No: 155/96 (2001), Paragraf: 60. Aynı yönde bir değerlendirme için bkz., Christof Heyns, "The African Regional Human Rights System: The African Charter", *Penn State Law Review*, Winter-2004, s. 691 ve Chidi Anselm Odinkalu, "Implementing Economic, Social and Cultural Rights under the African Charter on Human And Peoples' Rights", Rachel Murray (Editor), *African Charter on Human and Peoples'*, CUP, NY, USA, 2002, s. 209-211.

VI-TÜRK ANAYASA HUKUKU TARİHİNDE EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLARIN NİTELİĞİ VE BİR SOSYAL HAK OLARAK SAĞLIK HAKKININ KAVRANIŞI

A-Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği

Bu yazıda, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şeklinde ifade ettiğimiz kavram, 1961 Anayasası'nda “**sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler**”; 1982 Anayasası'nda ise, “**sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler**” şeklinde kendisine yer bulmuştur. 1961 Anayasası'na göre, “ulaşılması gereken amaçlar” olarak kavranan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, hem 1961 Anayasası'na göre (madde 53), hem de 1982 Anayasası'na göre (madde 65) bir “sınırı” vardır. Devletin sosyal hakları gerçekleştirmesinin sınırı, 1961 Anayasası'na göre, iktisadi gelişme durumu ve mali kaynakların yeterliliği ölçütü şeklinde ifade edilmektedir. 1982 Anayasası'na göre ise, bu sınır, ekonomik istikrarın korunmasını gözetme ve mali kaynakların yeterliliği olarak alenileştirilmiş; fakat ekonomik istikrarın korunması ölçütü, 2001 tarihinde 4709 sayılı Kanun ile yapılan anayasa değişikliği sonucu madde metninden çıkarılmıştır. Bu bağlamda 1982 Anayasası, günümüzde sosyal hakları gerçekleştirmek için sadece mali kaynakların yeterliliği kriterini muhafaza etmektedir. Dolayısıyla sosyal haklar, Türk anayasa hukuku tarihinde medeni ve siyasal haklardan farklı özellikte ve anlamda algılanmaktadırlar ve (eğer devletin bütçe imkânları elverirse gerçekleştirilecek olan) ikincil bir konuma itilmektedirler. Bir başka ifade ile Türkiye’de kamu otoritesi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi yükümlülüğünden, “mali kaynaklarının yeterli olmadığını” ileri sürerek her zaman kaçabilecektir. Anılan durum, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak gerçekleştirilebilmesini engellemeye yönelik bir tavır yansıttığı için, insan haklarının bütünlüğü ilkesine ve dolayısıyla da insan hakları kuramına aykırıdır. Çünkü insan haklarının tamamı, bir bütündürler ve aynı değerdedirler.

Bir başka söyleyişle, mali kaynakların yeterliliği ölçütü, hem 1961 Anayasası döneminde, hem de 1982 Anayasası döneminde, sosyal hakların gerçekleştirilmesinin sınırını çizen ortak bir kriter olarak

varlığını muhafaza ettirmiştir. Bu da göstermektedir ki, Türk anayasa hukuku tarihinde (ve de günümüzde) sosyal hakların niteliği, medeni ve siyasal haklardan farklı olarak algılanmakta ve ikincil bir öneme sahip olarak kavranmaktadır. Türkiye’de, siyasal iktidar, mali kaynakların yeterli olmadığı argümanına dayanarak sosyal hakları gerçekleştirmekten kaçınabilecektir.

B-Anayasalarda ve Anayasal Belgelerde Sağlık Hakkı

Türk anayasa hukuku tarihinde ilk defa 1856 tarihli Islahat Fermanı’nda “hastahanelerin tamir edilmesi” şeklinde bir ifade ile (dolaylı da olsa) kendisine yer verilmiş olan sağlık hakkı; 1961 ve 1982 anayasalarında da, yine dolaylı olarak dillendirilmiştir. Yani, ne 1961 Anayasası’nda, ne de 1982 Anayasası’nda “sağlık hakkı” şeklinde açık ve net bir kavramlaştırma usulü benimsenmemiştir. Fakat önceki anayasalarda ve anayasal belgelerde hüküm altına alınmamış olan sağlık hakkı konusunda, hem 1961 Anayasası’nda, hem de 1982 Anayasası’nda, sağlık hakkını çağrıştıran/anımsatan ifadelerin kullanılmasından da geri durulmamıştır.

1961 Anayasası’nın 49. maddesinin madde kenar başlığı “sağlık hakkı” olmakla birlikte, madde metninde, açıkça bir “hak” olarak benimsenmiş ve sağlık hakkına içkin olan kategorik bir ifade yoktur. 1961 Anayasası’nda sağlık ile ilgili olarak devlet için öngörölmüş olan ödevler bulunmaktadır (1961 An., md: 49). Bu ödevlerden, ancak yorum yolu ile 1961 Anayasası’nda sağlık hakkı ile ilgili olarak şu hakların benimsenmiş olduğunu ileri sürebiliriz: Herkesin beden ve ruh sağlığı içerisinde yaşayabilmesi hakkı ve herkesin tıbbi bakım görmesi hakkı. Tekrar etmek gerekirse, anılan ifadeler, 1961 Anayasası’nda açıkça bir hak olarak düzenlenmiş değildirler; sadece “devlete verilmiş ödevler” şeklinde ifade edilmişlerdir. 1961 Anayasası’nda dolaylı yoldan ifade edilmeye çalışılan hakların öznesi ise “herkes” olarak belirtilmiştir (1961 An., md: 49).

1961 Anayasası ekseninde devlete; “herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini sağlamak”, “herkesin tıbbi bakım görmesini

sağlamak” ve “yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirler almak” şeklinde üç “ödev” yüklenmiştir. 1961 Anayasası, spesifik olarak sağlık hakkının devlet tarafından yerine getirilmesinde “kaynak yetersizliği” konusunda bir yaklaşıma sahip değildir.

1982 Anayasası'nın iki maddesi¹⁶¹ sağlık hakkı ile ilgili olmakla birlikte; bu iki maddenin hiçbirisinde açıkça sağlık hakkı şeklinde bir kavramlaştırma bulunmaz. Yine, 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'nda da karşılaştığımız üzere, açık ve net olarak sağlık hakkı ifadesine yer verilmemiş; anılan hak ile ilgili olarak devlete bazı ödevler yüklenmiştir. Biz, bu ödevlerden, yine ancak yorum yolu ile (sağlık ile ilgili olan) bazı hak kategorilerine ulaşabilmekteyiz: “Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ve “herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi hakkı”. 1982 Anayasası'na göre anılan hakların öznesi “herkes”tir.

1982 Anayasası'nın 56. maddesinde sağlık konusunda devlete verilen ödevler şunlardır: “Herkesin, hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak”, “insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek”. Devlet, sağlık konusundaki ödevlerini yerine getirirken¹⁶², “kamu ve özel kesimdeki sağlık kurumlarından ve sosyal kurumlardan yararlanma ve onları denetleme” yöntemlerini kullanacaktır (1982 An., md: 56/4).

1982 Anayasası'nın 59. maddesi de, yine sağlık konusunda (“hak” olarak ifade edilmemiş olan) bazı hükümler içermektedir. Sözü edilen

¹⁶¹ “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. madde ile “sporun geliştirilmesi” başlıklı 59. madde, 1982 Anayasası ekseninde sağlık hakkı ile ilgili hükümler ihtiva etmektedir.

¹⁶² 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde, “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanun ile genel sağlık sigortası kurulabileceği” (fıkra: 5) belirtilmiş olmakla birlikte; anılan hüküm, devlet tarafından zorunlu olarak yerine getirilmeyecek, isteğe bağlı olacaktır. Bu isteğe bağlı olma durumu ise, hiçbir standarda bağlı değildir. Dolayısıyla anılan hüküm, bireyler için, sağlık hakkı konusunda, açık ve zorunlu bir güvenceyi bünyesinde barındırmamaktadır.

maddede devlete verilmiş bir ödev şeklinde belirtilmiş olan hükümden, yorum yoluyla, “her yaştaki Türk vatandaşının beden ve ruh sağlığını geliştirme hakkı” şeklinde bir kategoriye ulaşabilmekteyiz. Bahsi geçen maddede belirlenmiş olan hak öznesi, “her yaştaki Türk vatandaşı”; devlete düşen ödev ise, “her yaştaki Türk vatandaşının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirler almak” şeklinde alenileştirilmiştir.

İlk okuyuşta, sanki üç hak kategorisini (sağlık hakkı, çevre hakkı ve yaşam hakkı) içeriyormuş gibi bir izlenim edinilen 1982 Anayasası'nın 56. maddesi (fıkra: 1), (analitik bir düşüncenin sonucunda) ulaşılan noktada, aslında, anılan üç haktan hiçbirisini bünyesine dâhil etmiş olmamaktadır. Öte yandan, 1982 Anayasası çerçevesinde spesifik olarak sağlık hakkı ile ilgili olan maddelerde, devletin, “ödevini”, “kaynaklar ölçüsünde” yerine getireceği yönünde bir hüküm yoktur.

Nihai olarak gözlemlenen, Türk anayasa hukuku tarihinde, madde metninde açıkça “sağlık hakkı” şeklinde dizayn edilmiş bir kavramlaştırmanın bulunmayışıdır. Sözü edilen konu bağlamında, sadece, devlete verilmiş olan ödevler vardır. Bu ödevlerden, sağlık konusunda, ancak “yorum yolu ile”, bazı hak kategorilerine ulaşılabilir. Bu yönü ile 1982 Anayasası (ve 1961 Anayasası) insan hakları hukukunun genel teorisi ile uyumlu değildir. Sağlık konusu gündeme getirildiğinde, insan hakları hukukundaki yalnızca ikili ayrımın (beden sağlığı ve ruh sağlığı) 1982 Anayasası ile koşut olduğu söylenebilir.

SONUÇ

İnsan haklarına saygı gösterme, insan haklarını koruma ve insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü, bütün insan hakları için aynı derecede geçerlidir. Yani sadece medeni ve siyasal haklar için değil; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için de aynı durum söz konusudur. Öte yandan, insan haklarının gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan maddi kaynak, sadece ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için değil; aynı zamanda medeni ve siyasal haklar (dolayısıyla bütün insan hakları) için de söz konusudur. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yerine getirilmesi için bir “sorun” olarak gösterilmekte olan devletin kaynak

sıkıntısı, devletin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilemeyeceği anlamına gelmez; sadece, devletin, yükümlülüklerini, DERHAL yerine getiremeyebileceği anlamına gelmektedir.

Hem Limburg Prensipleri'ne, hem de ESKH Komitesinin 3 Numaralı Genel Yorumu'na göre, ESKH Sözleşmesi'ndeki haklar, yerine getirilme bakımından ikiye ayrılır. Değişik bir şekilde ifade edersek, ESKH Sözleşmesi'ndeki hakların bir kısmı DERHAL yerine getirilmesi gereken bir nitelik taşıırken; bir kısmının gerçekleştirilmesi ise, TEDRİCİ olarak gündeme getirilebilecektir.

Ulusalüstü insan hakları hukukunda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile ilgili olarak; hakları gerçekleştirilmede ayrımcılık yapmama, hakları gerçekleştirilmede eşitliğe özel bir önem verme, hakların tamamının gerçekleştirilmesi için adım atma ve gerekli tedbirleri alma, hakların gerçekleştirilmesi için alınmış olan tedbirlerin önceden düşünülmüş, planlı ve somut olması ve ulusal düzlemde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ihlallerine karşı başvuru mekanizmaları oluşturması, devletin, DERHAL yerine getirmesi gereken yükümlülükler olarak kavranmaktadır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların TEDRİCİ olarak yerine getirilmesi ise, sözü edilen hakların gerçekleştirilmelerinde ve uygulanmalarında herhangi bir "gecikme" anlamına asla gelmez. Tam tersine, devletin, mümkün olan en hızlı ve etkili bir şekilde harekete geçmesi anlamına gelir. Her ne kadar ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kısa bir süre içinde gerçekleştirilemezlerse de, bu durum, ESKH Sözleşmesi'nin ve dolayısıyla da bütün bir kategori olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakların amacını değiştirecek bir tarzda yorumlanamaz. Çünkü kaynak sıkıntısı, devletin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki yükümlülüklerini ortadan kaldıran bir özellik değildir; kaynak yoksa bile devletin yükümlülüğü devam etmektedir. Yani, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tedrici olarak yerine getirilmesi, devletin kaynaklarından bağımsız bir konudur ve mevcut kaynakların, mümkün olan en etkili bir şekilde kullanılmasını ve hatta eğer gerekliyse, uluslararası yardım alınmasını bile içermektedir. Ulusalüstü insan hakları

hukukunda farklı insan hakları çevrelerinin maddi hukuku ve usul hukuku birbirine etkilemekte, değiştirmekte ve de dönüştürmektedir. Dolayısıyla ESKH Sözleşmesi için söylenmiş olanları, soyut, herhangi bir devlet için de düşünebiliriz. Yani burada ifade edilmeye çalışılan düşünceler, insan haklarına önem veren ve insan haklarını tam olarak gerçekleştirmek isteyen bütün devletler için geçerlidir diyebiliriz.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında, devletlerin, Minimum Çekirdek Yükümlülükleri vardır. Maastricht Kurallarına göre, sözü edilen bu Minimum Çekirdek Yükümlülükler için devletin kaynakları zaten dikkate alınmaz. Devletin, Minimum Çekirdek Yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için mevcut kaynaklarını maksimum ölçüde kullanması gerekmektedir. Şayet devlet, mevcut kaynaklarını maksimum ölçüde kullanmıyorsa, Minimum Çekirdek Yükümlülüklerini yerine getirmiyor demektir. Örneğin, ESKH Komitesine göre, ülkesinde, temel gıdadan yoksun olan, temel sağlık hizmetlerinden yoksun olan, temel barınmadan yoksun ve evsiz olan, temel eğitim hakkından yararlanamayan önemli sayıda birey varsa, devlet, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmiyor demektir.

Özüne indirildiğinde, insan haklarının tamamı eşit önemde ve derhal uygulanmaları gereken özelliktedir. Başka bir söyleyişle bütün insan hakları evrensel, bölünemez, birbiri ile ilişkili ve birbirine bağımlı niteliktedir. Bu yüzden, insan haklarının ve insan hakları konularının ele alınmasında evrensel bir bakış açısına sahip olma, objektif olma ve seçici olmama şeklinde kavramlaştırılan bakış açısına sahip olunması elzemdir. Aksi halde, bazı hakları daha değerli görme, bazı hakları daha ön planda tutma ya da insan hakları ile ilgili konularda sübjektif bir tutum takınma, insan hakları kuramını çökertebilecek sonuçlara yol açacaktır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine dâhil olan bir hak şeklinde kavranmakta olan sağlık hakkı, uluslar arası alanda 1940'lı yıllardan itibaren düzenlemelere konu olmuştur. Sağlık hakkı, "sadece hastalıkların yokluğu ya da bedence veya zihince sakatlık anlamına gelmemekte; bunların yanı sıra, tam bir fiziksel, ruhsal ve sosyal iyilik hali" şeklinde tanımlanmaktadır.

Ulusalüstü insan hakları hukukunun, insan hakları alanında devletlere yüklediği yükümlülüklerin tamamı (insan haklarına saygı göstermek, insan haklarını korumak ve insan haklarının gereğini yerine getirmek) “en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkı” için de aynen ve eşit ölçüde geçerlidir. Yani, devlet, sağlık hakkına saygı göstermeli, sağlık hakkını korumalı ve sağlık hakkının gereklerini yerine getirmelidir. Bahsi geçen yükümlülükler, sağlık hakkı konusundaki Genel Yasal Yükümlülükler olarak adlandırılmaktadırlar. Yeri gelmişken, bir de, sağlık hakkı konusundaki Özel Yasal Yükümlülüklerden bahsedilmelidir. Sağlık hakkının yerine getirilmesinde devlet politikası olarak ayrımcılık yapmama, geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerini dikkate alma, devletin havayı, suyu, toprağı ve benzerlerini kirletmekten kaçınması ve sağlık konusundaki hizmetlere bütün kişilerin eşit ulaşımının sağlanması şeklinde ifade edilmekte olan yükümlülükler ise, devletin, sağlık hakkı konusundaki Özel Yasal Yükümlülükleridir. Devletlerin, bireylerin en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanabilmesi için hem Genel Yasal Yükümlülükleri, hem de Özel Yasal Yükümlülükleri dikkate alması ve bunları kelimenin tam manasıyla uygulamaya koyması gerekmektedir.

Önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası düzenlemesi zorunlu olan (ESKH Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumu, Paragraf: 44) devletin; tütün, uyuşturucu ve diğer zararlı maddelerin üretimini, pazarlamasını ve tüketilmesini engellemede başarısız olması (ESKH Komitesinin 14 Numaralı Genel Yorumu, Paragraf: 51) sağlık hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir devlet, önemli bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama kampanyası düzenlemez de, bireylerin bu hastalıklara yakalanmasına negatif tutumu ile sebep olursa, sağlık hakkını ihlal etmiş olacaktır. Ve yine altı çizilmelidir ki, devlet, tütün, diğer uyuşturucu ve zararlı maddelere karşı da, bireyleri koruyucu ve etkili önlemler almak zorundadır; aksi halde, ilgili devlet, hak ihlalcisi pozisyonuna sokulabilecektir.

ESKH Komitesine göre, taraf devletin, kaynak sorunundan bağımsız olarak yerine getirmesi gereken; ayrımcılık yapmama, yeterli ve güvenli

minimum temel gıda sağlama, açlıktan kurtulma özgürlüğünü temin etme, güvenli ve içilebilir su temin etme, DSÖ'nün belirlediği hayati ilaçları sağlama, ulusal kamu sağlığı stratejisi ve eylem planı hazırlama, sağlığın gelişim seviyesini izleme ve korunmasız gruplar ile marjinal gruplara (etnik azınlıklar, mahkumlar, göçmen işçiler, yerli halklar, kadınlar, çocuklar, gençler, yaşlılar, engelliler) özel önem verme yükümlülükleri ise, sağlık hakkı konusundaki Minimum Çekirdek Yükümlülükler olarak tasnif edilmektedir.

Sağlık hakkı, öteki bazı haklar ile birlikte yorumlanmaktadır: Çevrenin korunması, yaşam hakkı, ailenin korunması hakkı, özel yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, beslenme ve konut hakkı, içilebilir su hakkı, sağlıklı çalışma koşulları hakkı, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı ve işkence yasağı gibi. Değişik bir söyleyişle, bireyin insanlık onuru içinde bir yaşam sürdürebilmesi, bütün insan haklarının önemli ve birbiri ile ilişkili, biri olmadan ötekilerin anlamsız olduğunun kavranması ve bu şekilde uygulanması ile yakından ilintilidir.

Ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü temel belgelerdeki hâkim yaklaşıma göre, devlet, sağlık konusundaki ödevlerini yerine getirirken, kaynak yetersizliği veya kaynak yokluğu gibi gerekçelere dayanarak yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır. En yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkının bir devlette tam olarak yerine getirilebilmesi ise, dört unsura bağlıdır. Sözü edilen bu unsurlardan birincisi; sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin “mevcut” oluşu ile ilgilidir. İkincisi, sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine “erişimin kolay oluşu” ile ilgiliyken; üçüncüsü, sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin “kabul edilebilir” nitelikte olması ile ilgilidir. Nihayet dördüncü unsur ise, bireylere sunulan sağlık olanaklarının, mallarının ve hizmetlerinin “kaliteli” olmasına karşılık gelmektedir. Bir devlette sağlık olanakları, malları ve hizmetleri mevcut değilse; sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine erişilemiyorsa; sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kabul edilebilir nitelikte değilse ve de sağlık olanakları, malları ve hizmetleri kaliteli değilse, ilgili devlet, en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkının

gereklerini yerine getiremiyor demektir; ya da daha özlü bir şekilde söylersek, ilgili devlet, sağlık hakkını ihlal ediyor demektir.

ESKH Komitesine göre, sağlık hakkı konusunda taraf devletlerin TEDRİCİ olarak yerine getirebileceği yükümlülükler olduğu gibi; DERHAL yerine getirmesi gereken yükümlülükler de vardır. Taraf devletin, sağlık hakkı konusundaki hizmetlerini sunarken herhangi bir ayrımcılık yapmaması ve ESKH Sözleşmesi'nin 12. maddesini tam olarak gerçekleştirmek için adım atması DERHAL yerine getirmesi gereken iki yükümlülüğü işaret etmektedir. Bir taraf devletin, sağlık hakkı konusunda TEDRİCİ olarak yerine getirebileceği yükümlülükler ise; “mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir şekilde hareket etmek” anlamında kullanılmaktadır. Yani, devlet, kaynak sorununu gündeme getirerek sağlık konusundaki ödevlerini yerine getirme sorumluluğundan kaçınamayacaktır.

Ulusalüstü insan hakları hukukuna özgü somut vak'a içtihatlarında da tespit edilebileceği gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine ait bir hak olarak karşılanmakta olan sağlık hakkı, “dava edilebilir” nitelikte bir özgürlük alanıdır. Ulusalüstü insan hakları hukukunda açıkça sağlık hakkının ihlal edilmiş olduğuna vurgu yapan içtihatlar (Af. İHH Komisyonu ve İnter-Ame.İH Komisyonu çevresinde) rastlanılabilmektedir. Ulusalüstü insan hakları hukukunda sağlık hakkına ilişkin olan içtihatları iki kategoride değerlendirebiliriz. Bazı insan hakları sistemlerinde (Af. İHH Komisyonu ve İnter-Ame.İH Komisyonu) ilgili Sözleşmelerde açıkça dillendirilmiş bir hak olduğu için, sağlık hakkının ihlal edildiğine ilişkin net ifadeler kullanılabilmektedir. Fakat bazı Sözleşmelerde sağlık hakkı açıkça düzenlenmediği için, tıbbi bakım eksikliğinden kaynaklanan ihlaller, yaşam hakkı, insanca muamele yasağı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü hakkı gibi özgürlük alanlarıyla (BM İH Komitesi ve Strasbourg Organları) ilişkilendirilmekte ve sözü edilen hakların ihlal edildiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla sağlık hakkı, doğası gereği dava edilemez nitelikte değildir; tam tersine, sağlık hakkı dava edilebilir nitelikte bir haktır ve zaten ulusalüstü insan hakları hukukundaki içtihadi uygulama da bu yöndedir. Nedir, problem, sağlık

hakkının ilgili sözleşmelerde açıkça düzenlenmemiş oluşundan kaynaklanmaktadır. Bu sorunun çözümü ise, sağlık hakkının ilgili sözleşmelere eklenmesiyle bulunabilir. Bir başka çözüm yolu da, sağlık hakkının düzenlenmiş olduğu sözleşmede, şayet o sözleşmedeki hakları denetleyebilecek nitelikte bir organ kurulmamış ise, böyle bir organın o sözleşme ekseninde oluşturulmasıdır.

Türk Anayasa Hukuku tarihinde, devletin kaynakları ölçüsünde gerçekleştirilebilecek nitelikte olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar; medeni ve siyasal haklardan farklı özellikte ve de ikincil nitelikte ve değerde kavranmaktadır. Yine, Türk Anayasa Hukuku tarihinde, anayasa hukukuna özgü hiçbir belgede madde metninde açıkça sağlık hakkı ifadesine yer verilmemiştir. Sadece dolaylı olarak sağlık hakkını anımsatan ifadelerin kullanılması yolu seçilmiştir ki, aslında bu da bir yanıltmaca anlamına gelmektedir. Sağlık hakkı ile dolaylı olarak ilişkili görülen maddelerde de, anılan hakkın gerçekleştirilmesi için kaynak sorunu gündeme getirilmemiştir. Bu cümleden olmak üzere, Türk Anayasa Hukuku açısından sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler (açıkça ifade edilmediği için) insan hakları kuramı açısından ciddi mahiyette sorunludur.

Nihai tahlilde söylenebilecek olan, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların insan hakları kuramında, ikincil değer ve dava edilemez nitelikte olmadığıdır. Anılan durum, aslında tam tersine bir olguyu yansıtmaktadır. Yani, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da dava edilebilir nitelikte ve öteki insan hakları ile hiyerarşik olarak aynı konumda ve değerdedirler. Bu cümleden olmak üzere, sağlık hakkı da dava edilebilir nitelikte bir haktır ve bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletler, en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standardından yararlanma hakkını ihlal etmiş olacaklar ve uluslar arası alanda hak ihlalcisi devlet kategorisine yerleştirilebileceklerdir.

KAYNAKÇA

- Algan, Bülent. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin. Yayıncılık.
- Atapattu, Sumudu. (2002) "The Right to Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law". *Tulane Environmental Law Journal*, 65-126.
- Battlett, Peter.-Oliver Lewis and Oliver Thorold. (2007). *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cassel, Jennifer. (2007). "Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOs". *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 104-127.
- Cavallaro, James L.,- Emily J. Schaffer. (2004). "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", *Hastings Law Journal*, 217-281.
- Clapham, Andrew. (2004). *Human Rights a Very Short Introduction*. OUP, New York.
- Craven, Matthew C. R. (1005). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Dankwa, Victor, - Cees Flinterman And Scott Leckie, (1998) "Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights". *Human Rights Quarterly* 20, 705-730.
- Dennis, Michael J., - David P. Stewart. (2004). "Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?". *American Journal of International Law*, 462-515.

- Donnelly, Jack. (1995). *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*. Çev: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Fomerand, Jacques. (2007). *Historical Dictionary of the United Nations*. The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK.
- Fura, Elisabet, "Implementation of European Court of Human Right Violence in the Family", *50. Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, 65-72.
- Gable, Lance. (2007). "The Proliferation of Human Rights in Global Health Governance". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 534-542.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2002). *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2006). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3 / İşkence Yasağı) Analizi*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (1994). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*. İstanbul: Kavram Yayınları.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2007). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. İstanbul: Legal yayıncılık.
- Gevers, Sjf. (2004). "The Right to Health Care", *European Journal of Health Law*, 11, 29-34.
- Goodman, Timothy. (2005). "Is There A Right to Health?". *Journal of Medicine and Philosophy*, 30, 643-662.
- Gorman, Robert F., - Edwards S. Mihalkanin.(2007). *Historical Dictionary of Human Rights and Humanitarian Organisations*. The Scarecrow Press, Inc, Lanham, Maryland, Toronto, Plymouth, UK.

- Hendriks, Aart. (1999). "The Close Connection Between Classical Rights And the Right to Health, With Special Reference to the Right to Sexual And Reproductive Health". *Medicine and Law*, 225-242.
- Hendriks, Aart. (1998). "The Right to Health in National and International Jurisprudence". *European Journal of Health Law*, 5, 389-408.
- Heyns, Christof. (2004). "The African Regional Human Rights System: The African Charter". *Penn State Law Review*, 679-702.
- Jheelan, Navish. (2007) "The Enforceability of Socio-Economic Rights". *European Human Rights Law Review*, 146-157.
- Keener, Steven R. - Javier Vasquez. (2009). "A life Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights". *Columbia Human Rights Law Review*, 594-624.
- Kinney, Eleanor D. (2001). "The International Human Right to Health What Does This Mean for Our Nation and World ?". *Indiana Law Review*, 1457-1475.
- Klein, Alana. (2008). "Judging As Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights". *Columbia Human Rights Law Review*, 351-422.
- Littell, Amanda. (2002). "Can a Constitutional Right to Health Guarantee Universal Health Care Coverage or Improved Health Outcomes?: A Survey of Selected States". *Connecticut Law Review*, 289-314.
- Nozick, Robert. (2006). *Anarşi, Devlet ve Ütopya*. Çev: Alişan Oktay, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Odinkalu, Chidi Anselm. (2002). "Implementing Economic, Social and Cultural Rights under the African Charter on Human And Peoples' Rights". Rachel Murray (Editor), *African Charter on Human and Peoples'* . CUP, NY, USA, 178-218.

- Ramcharan, Bertrand G., (Editor). (2005). *Judicial Protection of Economic, Social and Cultural Rights: Cases and Materials*. NLD: Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston.
- Robertson, A. H., - J. G. (1996). Merrils, *Human Rights in the World*. Manchester University Press, Manchester and New York.
- Sachs, Albie. (2007). "Enforcement of Social And Economic Rights". *American University International Law Review*, 673-708.
- Shelton, Dinah. (2006). "Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?". *Denver Journal of International Law and Policy*, 129-171.
- Shelton, Dinah. (2002). "International Decisions : Decision Regarding Communication 155/96". *American Journal of International Law*, 937-942.
- Simpson, Ebow Bondzie. (1998). "A Critique of the African Charter on Human and Peoples' Rights". *Howard Law Journal*, 643-665.
- Taylor, Prudence E. (1998). "From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law". *Georgetown International Environmental Law Review*, 309-397.
- Toebes, Brigit. (1999). "Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health". *Human Rights Quarterly*, 21, 661-679.
- Tulkens, Françoise. (2009). "In General, European Convention on Human Rights and Implementation", *50. Yılında AİHM ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 3-10.
- Yamin, Alicia Ely. (2005). "The Right to Health Under International Law And Its Relevance to the United States". *American Journal of Public Health*, 95(7), 1156-1161.